

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
REPRISES D'INSTANCE

ET
CONSTITUTIONS DE NOUVEL AVOUÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 25 octobre 1907, à 3 heures

PAR

Georges BOURGEOIS

Président . M. PIEDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants: } MM. BARTIN, professeur.
 } WAHL, agrégé.*

LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais

Ancienne Maison **L. LAROSE & FORCEL**

22, Rue Soufflot, PARIS, V^e Arr.

L. LAROSE & L. TENIN DIRECTEURS

—
1907

THÈSE
POUR

LE DOCTORAT

RECHERCHES SUR LA NUTRITION

RECHERCHES SUR LA NUTRITION

RECHERCHES SUR LA NUTRITION

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.**

RECHERCHES SUR LA NUTRITION

RECHERCHES SUR LA NUTRITION

LIBRAIRIE

de la Société de Recherches J.-B. Sney & de Journal de Paris
Aubertin, maison E. PAROISE & BONNET
10, rue de la Harpe, Paris
E. PAROISE & BONNET

1907

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
REPRISES D'INSTANCE

ET
CONSTITUTIONS DE NOUVEL AVOUÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le vendredi 25 octobre 1907, à 3 heures

PAR

Georges BOURGEOIS

Président . M. PIEDELIÈVRE, professeur.

*Suffragants: } MM. BARTIN, professeur.
WAHL, agrégé.*



LIBRAIRIE

De la Société du Recueil J.-B. Sirey, & du Journal du Palais

Ancienne Maison L. LAROSE & FORCEL

22, Rue Soufflot, PARIS, V^e Arr'.

L. LAROSE & L. TENIN DIRECTEURS

1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES REPRISES D'INSTANCE

ET

CONSTITUTIONS DE NOUVEL AVOUÉ

INTRODUCTION

I. — EXPOSÉ DU SUJET

II. — DES ORIGINES DE LA REPRISE D'INSTANCE

I. — Il ne viendrait certes pas aujourd'hui à l'idée de quelqu'un de contester l'utilité des formes judiciaires ; la nécessité en est de toute évidence que ce soit en matière pénale où elles ont pour but de protéger les droits sacrés de la défense, que ce soit en matière civile où sont également en jeu des intérêts d'une importance considérable comme l'honneur, le nom, l'état civil, la fortune des citoyens. Une instance se compose donc d'un certain nombre de formalités qui ont pour but d'éclairer l'esprit des juges par un débat contradictoire ; tout d'abord il faut un

acte ayant pour but de faire venir devant le tribunal le défendeur, afin de faire connaître à ce dernier le but du demandeur, quelles satisfactions il doit lui donner pour éviter une lutte judiciaire, ou de lui permettre de préparer ses moyens de défense dans le cas où il ne voudrait pas reconnaître le bien-fondé des prétentions du demandeur. Il faut également que le juge connaisse avant de rendre sa sentence les moyens de défense du défendeur soit qu'il nie le bien-fondé des prétentions du demandeur, soit qu'il puisse leur opposer une exception. Le jugement une fois rendu, il importe que la trace n'en soit pas perdue et l'office du juge serait de toute inutilité si le législateur n'avait pas édicté un ensemble de mesures contre la partie récalcitrante qui n'exécuterait pas volontairement la sentence rendue contre elle. De plus à quoi aboutiraient toutes ces formalités si la loi n'avait prévu certains délais avant l'expiration desquels ne peuvent se produire les différents actes de la procédure judiciaire ; ces délais qui sont de toute nécessité pour qu'un plaideur par exemple puisse préparer ses défenses ou ses réponses constituent une des garanties les plus importantes contre la déloyauté d'un plaideur ou la faillibilité des juges.

Une instance consiste généralement dans la production de différents actes nécessaires pour entraîner la conviction des juges et a pour but immédiat l'obtention d'un jugement. Mais il n'en est pas toujours

ainsi ; en effet au cours d'un procès certaines hypothèses particulières peuvent se présenter ayant pour résultat de soulever des difficultés qu'il est nécessaire de trancher avant que le jugement puisse être rendu. Ces accidents du procès désignés communément du nom d'« incidents » ont tous pour résultat de retarder l'instance, de l'interrompre momentanément jusqu'à ce qu'elle puisse reprendre son cours après en avoir été débarrassée.

Nous pouvons donc dire que l'interruption de l'instance est l'arrêt plus ou moins prolongé de son cours pouvant tenir à trois causes qui sont les suivantes :

1^o Si nous supposons une instance engagée entre deux plaideurs qui ont tous deux constitué avoué ; si nous supposons aussi qu'à un moment quelconque de la procédure ou le demandeur cesse ses poursuites, ou le défendeur ne réponde pas aux prétentions du demandeur, ou encore d'un commun accord ils laissent sommeiller l'affaire, nous serons en présence d'un premier cas d'interruption de l'instance. Cette instance interrompue par la volonté de l'un en restera-t-elle là et faudra-t-il qu'un des plaideurs attende, pour obtenir une décision, le bon vouloir de son adversaire ? Si d'autre part l'affaire est en souffrance par la volonté des deux parties, laissera-t-on indéfiniment le rôle encombré par elle ? Certes non ; la loi a prévu ces trois hypothèses et a donné une solution pour chacune d'elles. Si l'interruption provient

de l'inaction du demandeur, le défendeur pourra au bout de trois ans ou de trois ans et demi d'attente faire prononcer la déchéance de son adversaire et l'extinction de l'instance. C'est la péremption d'instance prévue par le Code de procédure civile (1^{re} partie, Liv. II, tit. xxii). Si l'interruption provient du défendeur, la loi autorise dans ce cas le demandeur à continuer ses poursuites et à obtenir du tribunal un jugement contradictoire ou par défaut selon que l'avoué du défendeur a posé ou non ses conclusions. Si enfin la procédure est interrompue par suite d'un accord des deux parties, l'affaire est retirée ou rayée du rôle.

2° L'instance peut se trouver également interrompue par la survenance d'un incident dont le but immédiat est de retarder le jugement comme une exception dilatoire ou qui conduise indirectement à ce résultat comme un déclinatoire, une récusation, une demande en règlement de juges ou de renvoi, l'administration d'une preuve ou en un mot par la survenance d'un incident quelconque qui arrête jusqu'à ce qu'il soit jugé la marche de l'instance principale.

3° Enfin il peut arriver qu'au cours d'une instance une partie vienne à mourir ou à changer d'état, que l'avoué qu'elle avait préalablement constitué décède, démissionne ou soit destitué. Nous nous trouvons là en présence d'un troisième cas d'interruption de l'ins-

tance, auquel le législateur a consacré le titre XVII du livre II du Code de procédure civile, 1^{re} partie.

Certains auteurs, notamment Bioche, font une différence entre les deux premières hypothèses et la troisième : dans les deux premiers cas, à leur avis, l'instance serait suspendue et dans le troisième seulement elle serait interrompue.

Pour nous il n'y a pas grand intérêt à faire cette distinction et nous nous bornerons à faire remarquer que si nous admettons une seule terminologie et si dans les trois hypothèses précitées nous disons que l'instance est interrompue, il est bien entendu que le titre XVII du livre II du Code de procédure civile ne s'applique qu'à la troisième.

Nous laisserons de côté, sans nous y arrêter davantage, les situations prévues par nos deux premières hypothèses et nous consacrerons maintenant la suite de notre étude aux différents cas envisagés par le Code de procédure civile sous la rubrique « des reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué. »

Le Code de procédure prévoit deux causes possibles d'interruption : 1° la mort d'une des parties ; 2° les décès, démission, interdiction ou destitution d'un des avoués.

1° Une partie vient à décéder. Va-t-on laisser son adversaire obtenir contre le défunt, c'est-à-dire contre ses héritiers, un jugement de condamnation dans un procès où il leur a été impossible de présenter leurs

moyens de défense ou tout au moins de les présenter d'une façon complète. Évidemment on ne pouvait admettre une pareille solution et c'est avec raison que le législateur n'a pas voulu qu'il en fût ainsi. Aussi la loi entache-t-elle de nullité « toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort d'une des parties ». Bien entendu, pour que la loi édicte une sanction aussi rigoureuse, il est nécessaire que l'œuvre des plaideurs ne soit pas encore complètement terminée. Il est clair que, si le juge avait devant lui les éléments suffisants pour entraîner sa conviction et rendre sa sentence, une telle disposition n'aurait pour résultat que d'occasionner un retard nuisible aux intérêts des plaideurs et à la bonne administration de la justice. C'est ce qui se produirait si, pour employer l'expression du Code, l'affaire était « en état ».

2° Notre organisation judiciaire exige que le plaideur n'expose pas lui-même ses prétentions, mais qu'il le fasse par l'intermédiaire d'un avoué, c'est-à-dire d'une personne offrant pour lui une garantie spéciale et au profit de laquelle la loi a créé le monopole de représenter les parties en justice. Le ministère de l'avoué étant obligatoire il est évident que la mort, les démission, destitution ou interdiction de l'un d'eux laisseront sans défense les personnes qu'ils représentent et auront sur la marche du procès la même influence que le décès des plaideurs eux-mêmes. Voici énuméré le cas spécial prévu par le

Code de procédure civile dans la deuxième disposition de son article 344.

L'instance interrompue par la survenance d'une des deux causes dont nous venons de parler ne pourra désormais être poursuivie qu'après l'accomplissement de certaines formalités. En cas de contestation il faudra même qu'une procédure spéciale en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué ait été introduite et qu'un jugement ait été rendu contre les personnes au profit desquelles l'interruption avait eu lieu. Ce sont ces formalités et cette procédure spéciale qui vont être maintenant l'objet de nos études. Nous nous efforcerons de dégager les principes fondamentaux en cette matière, et après avoir discuté sur les solutions à admettre, nous nous efforcerons de les étendre aux différentes procédures telles que le pourvoi en Cassation, la saisie immobilière, l'ordre, et aux instances pendantes devant les juges de paix et les tribunaux de commerce.

Nous diviserons notre étude en trois chapitres. Dans un premier chapitre nous rechercherons dans quels cas et pour quelles causes il y a lieu à reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué. — Dans un deuxième chapitre nous examinerons par qui et contre qui une instance interrompue peut et doit être reprise. Enfin la procédure et le jugement feront l'objet d'un troisième chapitre. Pourtant avant d'examiner en détail les différentes questions de

notre matière il nous a paru indispensable de consacrer quelques lignes à ses origines.

II

HISTORIQUE ET ORIGINES

§ 1. — L'interruption de l'instance en droit romain

Quand on recherche les sources d'une question de droit, c'est presque toujours la législation romaine qui mérite en première ligne d'être examinée. La procédure semble toutefois faire exception ; les formules sacramentelles des *legis actiones* et les formes rigoureuses de la procédure formulaire nous paraissent aujourd'hui légèrement surannées.

Cependant en notre matière les recherches dans les ouvrages de Paul, d'Ulpien ou de Julien ne seront pas stériles.

Sans vouloir faire aucun parallèle entre la procédure moderne et celle qui était suivie à Rome et en faisant abstraction des nombreuses différences de forme qui la caractérisent, il n'en est pas moins vrai que l'on doit faire remonter aux lois romaines l'origine du principe qui sert de base à la reprise d'instance.

A Rome déjà une sentence ne pouvait être rendue contre une des parties décédée au cours de l'instance et si néanmoins un jugement était intervenu,

il était entaché de nullité. On en a trouvé la preuve dans maints passages insérés au *Corpus*, notamment dans ce passage de Paul (1) : « Paulus
« respondit, dit la loi 2 au Dig. Quæ sententiæ sine
« appellatione rescindantur, eum, qui in rebus hu-
« manis non fuit sententiæ dictæ tempore, ineffica-
« citer condemnatum videri. » La même nullité était admise au cas où le décès de la partie était survenu à l'époque de la « datio » du juge. Telle est la solution qui nous est fournie par le paragraphe suivant de la même loi (2) : « Idem respondit adver-
« sus eum, qui in rebus humanis non esset, cum
« iudex datus est : neque iudicis dationem valuisse,
« neque sententiam adversus eum dictam vires
« habere. »

Citons également le passage suivant d'Ulpien rapporté au Digeste et qui consacre le même principe (3) : « Si quis edicto peremptorio post mortem
« sit condemnatus, non valet sententia : quia morte
« rei peremptorium solvitur ; ideoque, ut in re
« integra, de causa notio præstabitur, et quod opti-
« mum patuerit, statuatur. » Notons également pour mémoire sans la transcrire l'opinion de Julien conforme à celle des différents auteurs que nous venons de citer.

1. Loi 2, Dig. 49.8.

2. Loi 2, par. 1, Dig. 49.8.

3. Loi 59, par. 3, Dig. *De re iudicata*, 42.1.

On trouve cependant insérée au Code une loi d'où l'on pourrait conclure que le décès d'une des parties ne peut avoir d'influence sur la marche d'un procès :

« Nulla dubitatio est, post causam in judicio agita-
« tam, utpote dominum litis procuratorem effectum,
« etiam post excessum ejus, qui agendam, vel defen-
« dendam litem mandaverat, posse inchoatam cau-
« sam jurgiumque finire : quippe cum et procurato-
« rem posse eum instituere, veteris juris voluerint
« conditores (1). »

Cette antinomie entre cette loi et les textes précédemment cités n'est qu'apparente et tient au système de représentation admis par les Romains. Nous voyons en effet que dans l'espèce qui nous est soumise l'une des parties ne plaide pas par elle-même mais par un « procurator ». Or à Rome la représentation en justice, après avoir été complètement interdite sous les « legis actiones », avait été introduite par l'édit du préteur et généralisée par la jurisprudence. Elle avait revêtu un caractère spécial bien différent de celui qu'elle a de nos jours. D'après les préceptes du droit romain, le procurator devenait à partir de la « litis contestatio » maître du procès « dominus litis ».

C'était contre lui ou à son profit qu'était rendue la sentence ; s'il était défendeur, il était en effet seul tenu de l'« actio judicati » ; si au contraire il était de-

1. Loi 23, Code, *De procuratoribus*, 2.13.

mandeur, il devait la « cautio de rato » et n'était tenu de faire passer l'actio judicati » à son mandant qu'après avoir obtenu la ratification de ce dernier. On comprend aisément qu'avec un pareil système la mort du représentant ne pouvait avoir aucun effet.

Il est nécessaire de bien remarquer que pour qu'il en soit ainsi, il faut que la transmission des droits du représenté au représentant ait eu lieu. Si ce transport n'avait pas été opéré, si par exemple le décès du représenté était survenu avant la « litis contestatio » et par conséquent avant que la novation eût été produite, l'instance suivant la règle ordinaire eût été anéantie. C'est ce qui résulte du texte suivant (1) : « Respondi, judicium, quod jam mortuo debitore, per defensorem ejus accipitur, nullum esse » (« defensor » désigne spécialement le procurator du défendeur « reus »). L'étude de ces différents textes nous prouve donc bien qu'à Rome le décès d'une des parties avait déjà une influence considérable sur la marche d'un procès.

§ 2. — Ordonnances de 1539 et de 1667

Nous venons de voir qu'à Rome le décès d'une partie survenu à n'importe quel moment de l'instance entachait de nullité la sentence intervenue par

1. Loi 74, par. 2. Dig. *De judiciis*, 5, 1.

la suite. Ces principes qui du reste n'étaient que l'expression de la loi naturelle et de l'équité avaient été admis dans notre ancien droit sous cette modification néanmoins que la mort de l'une des parties cessait de mettre obstacle au prononcé du jugement, s'il avait lieu, lorsque le ministère du juge avait commencé, c'est-à-dire après les débats terminés, et alors que la défense avait été pleine et entière (1). « Quand
« un procès sera en état d'être jugé, porte l'article 90
« de l'ordonnance de 1539, le juge pourra procéder
« au jugement et prononcer la sentence, nonobstant
« que l'une ou l'autre des parties soit décédée. »

Comme nous le voyons, l'ordonnance de 1539 ne s'occupait plus du fait matériel de la prononciation du jugement mais faisait rétroagir la sentence au jour où le ministère du juge avait commencé.

Cette disposition fut reprise par l'ordonnance de 1667 qui vint étendre cette solution à un cas non prévu par l'ordonnance de 1539. Cette dernière était muette en effet sur le cas du décès ou de la cessation de fonctions du procureur; l'ordonnance de 1667 remédia à cet oubli et assimila cette hypothèse à celle prévue par l'ordonnance de 1539 ; elle ajouta également quelques règles de procédure spécialement relatives à la reprise d'instance, ce qu'avait négligé de faire également l'ordonnance de 1539.

1. Ordonnance de 1539, art. 90.

L'ordonnance de 1667 est celle qui a servi de modèle aux rédacteurs du Code civil. Aussi ses dispositions sont-elles assez importantes pour que nous transcrivions ici les quelques articles relatifs à notre matière.

Article premier. — « Le jugement de l'instance ou
« procès qui sera en estat de juger ne sera différé
« par la mort des parties ni de leurs procureurs. »

Art. 2. — « Si la cause, instance ou procès n'es-
« toient pas en état, les procédures faites et les
« jugements intervenus depuis le décès de l'une des
« parties ou du procureur ou quand le procureur ne
« peut plus postuler soit qu'il ait résigné ou autre-
« ment seront nuls s'il n'y a eu reprise ou constitu-
« tion de nouveau procureur.

Art. 3. — « Le procureur qui saura le décès de
« la partie sera tenu de le faire signifier à l'autre et
« seront les poursuites valables jusques au jour de
« signification du décès.

Art. 4. — « Si celui à qui la signification du décès
« a été faite soutient que la partie n'est décédée, il
« pourra continuer la procédure, mais si le décès
« se trouve véritable, tout ce qui aura été fait depuis
« la signification sera nul et de nul effet sans que
« les frais puissent entrer en taxe ni mesme estre
« employez par le procureur et la partie dans son
« mémoire de frais et de salaires si ce n'est qu'elle
« eût donné un pouvoir spécial et par écrit de con-

« continuer la procédure nonobstant la signification du
« décès. »

Telles sont dans leur ensemble les quelques règles
que notre ancienne législation appliquait en matière
de reprise d'instance.

§ 3.— Code de procédure

Arrivons maintenant aux dispositions législatives
qui nous gouvernent encore aujourd'hui, c'est-à-dire
au Code de procédure.

Le Code de procédure décrété le 14 avril 1806 et
promulgué le 24 avril de la même année consacre
aux reprises d'instance et aux constitutions de nou-
vel avoué, le titre 17 de son livre II.

Si on examine les travaux législatifs auxquels a
donné lieu la rédaction du Code de procédure civile,
on constate qu'ils ne sont en notre matière d'aucune
utilité. En effet, au Corps législatif, M. Treilhard dans
son exposé des motifs déclare qu'il n'a aucune re-
marque à faire et nous verrons que le rapport de
M. Perrin au Tribunat transcrit ci-dessous, bien qu'un
peu moins laconique, n'est pas empreint d'une grande
prolixité de renseignements : « Le changement
d'état, le décès de l'une des parties, la cessation de
fonctions de l'un des avoués, peut suspendre l'ins-
truction; mais ce ne doit pas être lorsque les parties
ont épuisé leurs moyens de défense ou lorsque les

fonctions de l'avoué sont devenues superflues : c'est ce que le projet appelle la cause en état. Elle y est lorsque les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience ou lorsque dans les affaires en rapport les délais pour les productions et rapports sont expirés. Mais lorsque la cause ne sera pas en état, toutes les procédures faites depuis le décès notifié ou depuis la cessation des fonctions de l'avoué seront nulles. Dans ce dernier cas, la notification n'est pas exigée parce que les procédures se formalisent dans le domicile même de l'avoué et là les événements qui le concernent et qui font cesser ses fonctions ne peuvent être méconnus. Le changement d'état des parties, ni la cessation des fonctions dans lesquelles elles procèdent ne feront pas discontinuer la procédure, à moins qu'elles n'aient pas encore constitué avoué. Enfin hors les cas qui viennent d'être prévus, il y aura lieu à l'action en reprise d'instance ou en constitution ; elle est organisée dans les articles qui suivent, et leur lecture vous a convaincus, messieurs, que les formalités y sont resserrées dans les limites les plus étroites et qu'ils ne laissent aucune prise à l'avidité. »

On voit que, en cette matière, les rédacteurs du Code se sont visiblement inspirés des articles de l'ordonnance de 1667. Mais il ne faudrait pas faire entre ces deux législations une assimilation trop complète ; quelques différences, dont une notamment

dans la définition de la cause en état, les distinguent l'une de l'autre. Nous aurons d'ailleurs à les envisager au cours de cette étude.

Telles sont les notions générales et historiques qu'il nous fallait examiner avant d'aborder l'étude du titre 17 du livre II du Code de procédure.

CHAPITRE PREMIER

Dans quels cas et pour quelles causes y a-t-il lieu à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué?

SECTION I

*Dans quels cas il y a lieu à reprise d'instance
ou constitution de nouvel avoué?*

On peut diviser en trois phases la marche d'une instance: la première phase qui s'étend depuis l'assignation jusqu'à la constitution d'avoué du défendeur; la deuxième commence à la constitution d'avoué pour prendre fin à la plaidoirie; la troisième a son point de départ à la plaidoirie et se termine avec l'instance elle-même. Nous allons envisager quel résultat produit sur la marche du procès la survenance d'une cause d'interruption.

Première phase. — Plaçons-nous dans cette première période de la procédure et envisageons: α) la mort du défendeur; ε) la mort du demandeur.

α) Prenons la mort du défendeur. Jusqu'à présent le demandeur seul a été en cause, son adversaire n'a pas

encore donné signe de vie ; on se demande quelle influence pourrait avoir sur la marche du procès le décès du défendeur.

Le demandeur peut ignorer un événement que rien ne lui révèle officiellement ; il a pu supposer que son adversaire n'était pas disposé à accepter une lutte judiciaire et préférait se laisser condamner par défaut sans conclure pour cela que le fait de n'avoir pas constitué avoué soit forcément l'indice de son décès. Dans ce cas sur une simple hypothèse plus ou moins vraisemblable, il est impossible de forcer le demandeur à accomplir de nouvelles formalités qui pourraient peut-être lui causer un préjudice et qui en tous cas occasionneraient de nouveaux frais ! Ajoutons que les droits des héritiers du défunt se trouvent néanmoins respectés puisque le jugement ne pourra être exécuté contre eux en vertu de l'article 877 du Code civil qu'après leur avoir été personnellement signifié et que le droit de faire opposition leur procurera une sauvegarde suffisante contre toute lésion possible.

6) Supposons maintenant que ce soit le demandeur qui vienne à décéder, tout autre sera la situation. Le défendeur voyant les poursuites dirigées contre lui cesser pourra croire que le demandeur renonce à ses prétentions et en toute tranquillité ne pas constituer avoué. Dans cette hypothèse il serait vraiment injuste de laisser intervenir un jugement qui con-

damne le défendeur par défaut. Le législateur n'a pas voulu qu'il en soit ainsi et il a exigé qu'avant de continuer les poursuites, les héritiers le réassignent à huitaine aux mêmes fins que précédemment (art. 345).

Cette deuxième assignation n'est qu'un avertissement de la continuation de la procédure. Aussi le législateur a-t-il supprimé la tentative de conciliation et conservé au premier exploit l'effet interruptif de la prescription. C'est également à partir de sa date que les intérêts auront pu courir.

Ce n'est certes pas cette période de l'instance que le législateur a eu en vue lorsqu'il a rédigé le titre qui nous occupe. On ne peut pas dire dans chacune des deux hypothèses que nous venons d'envisager qu'il y ait lieu à reprise d'instance. Nous venons de voir en effet qu'au cas de décès du défendeur l'instance s'est déroulée comme si rien n'était intervenu et l'hypothèse de la mort du demandeur occasionne plutôt une nouvelle procédure que la reprise d'une instance qui aurait été interrompue.

Remarquons qu'à ce moment il convient d'assimiler au décès de l'une des parties deux autres événements : 1° le changement d'état d'un des plaideurs, ce qui peut se réaliser par exemple par la survenance de la majorité de l'un d'eux, son interdiction légale ou judiciaire, sa faillite ; si c'est une femme, citons également son mariage, sa séparation judiciaire de

corps ou de biens, son divorce, la mort de son mari; 2° dans les cas où par exception une personne est admise à plaider par procureur (tuteur, maire, préfets, etc..) la cessation de fonctions de son représentant à laquelle il faut ajouter celle de l'avoué de l'une des parties. Ces événements ont par identité de motifs le même effet que le décès des parties; nous verrons qu'ils n'ont pas ce résultat lorsqu'ils se présentent au cours de la deuxième phase de la procédure à laquelle nous arrivons maintenant.

Seconde phase. — C'est cette deuxième phase de la procédure que le législateur avait surtout en vue en rédigeant le titre relatif aux reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué. Si l'on parcourt les quelques articles de ce titre, on constate facilement que le législateur paraît attacher une grande importance au point de savoir si une cause est ou non « en état ». L'article 342 nous dit que, « le jugement de l'affaire qui sera en état ne sera différé, ni par le changement d'état des parties, ni par la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ni par leur mort, ni par les décès, démissions, interdictions ou destitutions de leurs avoués. » Un peu plus loin l'article 344 s'exprime ainsi : « Dans les affaires qui ne seront pas en état, toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties seront nulles... » On voit par là combien il est important de rechercher si une affaire est ou non

en état puisque ce moment de l'instance sert de critérium au point de savoir si la survenance du décès de l'une des parties ou d'un autre événement auquel la loi attache le même effet interrompra la procédure ou sera sans effet sur sa marche.

L'article 343 du Code de procédure nous donne la définition suivante de la cause « en état » : « L'affaire sera en état, lorsque la plaidoirie sera commencée ; la plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions auront été contradictoirement prises à l'audience... » Nous voyons par cette définition que le Code de procédure civile s'est écarté de l'esprit qui avait dominé sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Les anciens auteurs et l'ancienne jurisprudence exigeaient pour qu'une affaire soit en état que les moyens de défense mis à la disposition des plaideurs soient épuisés. Si on passe en revue les différents commentateurs de cette ordonnance, il ne peut y avoir doute sur ce point.

Rodier nous le dit en termes très clairs (1) : « Il « est rare mais non pas impossible qu'une cause d'au-
« dience se trouve en état d'être jugée lorsqu'une des
« parties ou un procureur vient à mourir ; ce cas
« arriverait si, les plaidoiries étant faites et consom-
« mées, on eût renvoyé à délibérer sur le bureau ou
« les pièces, ou s'il était intervenu partage en déli-

1. Rodier, Comm. sur le titre 26, art. 1^{er} de l'ord. de 1667.

« bérant, lequel restât à vider, parce qu'alors il
« n'y a plus également rien à attendre du ministère
« des parties, du procureur ou des avocats, mais seulement du ministère des juges. » Pothier s'exprime dans le même sens en son traité sur la procédure civile (1) quand il écrit que les causes verbales, les causes d'audience n'étaient en état que quand les plaidoiries étaient complètement terminées, quand il ne restait plus qu'à juger. » Voir encore en ce sens Jousse (2).

En modifiant l'ordonnance de 1667 quelle amélioration le Code de procédure civile a-t-il apportée ? Il est clair que le système du législateur de 1806 qui répute « en état » une affaire dont l'instruction est à peine commencée n'accorde aux plaideurs qu'une garantie bien insuffisante ; est-il admissible, en effet, que de simples conclusions prises contradictoirement à l'audience soient suffisantes pour éclairer le tribunal d'une façon absolue ? En pratique au début d'une affaire les avoués ont l'habitude pour se donner le temps de préparer complètement leurs défenses de prendre ce que l'on a l'habitude d'appeler des « conclusions banales » ; ces conclusions tendent simplement à ce qu'il plaise au tribunal : déclarer le demandeur mal fondé en sa demande, en tous

1. Pothier. *Traité sur la proc. civ.*

2. Jousse, *op. cit.*, p. 450 et suiv.

cas mal fondée en icelle, l'en débouter ; sans exposer d'autres moyens les conclusions n'ont pas d'autre but, je le répète, que de gagner du temps. Ce sont des conclusions au fond, elles sont contradictoires, elles revêtent donc les caractères voulus par la loi, elles sont donc suffisantes pour réputer une cause « en état » ? Il nous est impossible d'admettre avec le législateur que les intérêts d'un plaideur soient suffisamment défendus si son avoué a pris simplement de telles conclusions. D'autre part, l'avocat ayant à plaider immédiatement après le décès de son client pourra ignorer bien des faits qui n'auraient pu lui être révélés qu'au dernier moment ou au fur et à mesure selon que les événements du procès en auraient fait apparaître la nécessité à la partie. En édictant cette disposition les rédacteurs du Code de procédure civile semblent avoir fait bon marché de l'équité la plus élémentaire. Aussi cette disposition est-elle critiquée par la plupart des auteurs, notamment par MM. Boitard, Colmet-Daage et Glasson (1).

Cet inconvénient n'est pas le seul, car M. Bourbeau nous en signale un autre nuisible aussi bien aux intérêts du défunt qu'à ceux de son adversaire (2) : « Que deviendra le droit accordé aux parties de « prendre des conclusions nouvelles ? Il pourra sans

1, Boitard, Colmet Daage et Glasson. *Leçons du proc. civ.*, 15^e édit., n° 534.

2. Bourbeau. *Théorie de la proc. civ.*, t. 5, p. 192.

« doute être exercé par la partie tant que la mort de
« son adversaire ne lui aura pas été notifiée, mais
« supposez que cette notification ait eu lieu après les
« premières conclusions contradictoirement prises, le
« droit de les modifier lui sera enlevé en vertu de ce
« principe qui répute commencé le ministère du juge
« par cela seul que la lecture des conclusions a pré-
« cédé la notification du décès. Le même obstacle
« empêcherait que les parties ne pussent former des
« demandes nouvelles lorsque la cessation des fonc-
« tions d'un avoué surviendrait depuis qu'il a conclu
« pour sa partie. »

Malgré ces critiques judicieuses, M. Carré n'en a pas moins essayé de prendre la défense de l'article 343. Pour arriver à ce résultat il suffirait de considérer l'intention du législateur. Lorsqu'on est parvenu au moment fixé par l'article 343, M. Carré suppose que tous les renseignements nécessaires pour plaider auront été communiqués à l'avocat et selon lui les rédacteurs du Code de procédure civile n'auraient eu en vue que « de fixer un point de la « procédure où il n'aurait plus été permis de solliciter de renvois ». Cette explication n'en est pas une ; ce qui est contesté, c'est de savoir si le moment choisi par le législateur comme étant celui où les moyens de défense des parties ont été épuisés a été judicieusement choisi. M. Carré se contente d'expliquer l'article 343, mais il ne le justifie nullement.

Un autre auteur, M. Rodière, a essayé lui aussi de justifier l'article 343 (1) : « Si dans des cas extraordinaires, écrit-il, l'avocat n'avait pas encore reçu tous les renseignements ou pièces nécessaires il demanderait pour la continuation des plaidoiries un sursis qui ne saurait être refusé dès que la nécessité en serait démontrée. » Cette réfutation ne nous paraît pas fondée davantage. Rodière nous indique bien un remède qui s'est introduit dans la pratique au moyen du sursis. Mais par là même qu'il indique un remède ne reconnaît-il pas lui-même que la rédaction de l'article qui nous occupe est défectueuse ? Certainement oui. Que la jurisprudence ait supprimé cet inconvénient par un moyen indirect, c'est fort bien, mais il n'en reste pas moins vrai qu'il eût été préférable de poser une règle consacrant le droit pour une partie de produire d'une façon complète ses moyens de défense plutôt que de lui accorder une faveur abandonnée complètement à l'arbitraire du juge. Aussi malgré les tentatives de justification de MM. Carré et Rodière pensons-nous que la critique que nous venons d'indiquer n'en demeure pas moins bien fondée.

Mais il ne suffit pas pour que l'affaire soit en état qu'il y ait eu des conclusions quelconques prises au jour indiqué par le rôle ; des conclusions de pure

1. Rodière. *Cours de comp. et de proc. civ.*, t. 1, p. 444.

forme n'auraient certes pas ce résultat. Les conclusions n'auront cet effet que si ce sont des conclusions définitives et contradictoires, des conclusions au fond. La jurisprudence d'ailleurs est uniforme sur ce point qui ne fait l'objet du reste d'aucune controverse.

Arrivons-en maintenant au deuxième alinéa de l'article 343, c'est-à-dire au point de savoir à quel moment se trouve être en état une affaire instruite par écrit : « Dans les affaires qui s'instruisent par écrit, nous dit le législateur, la cause sera en état quand l'instruction sera complète ou quand les délais pour les productions et réponses seront expirés. » Cette définition est plus conforme à l'équité que celle donnée au début de notre article ; elle se rapproche aussi davantage de ce qui était admis par la jurisprudence sous l'empire de l'ordonnance de 1667.

En effet le législateur ne répute en état l'affaire instruite par écrit que lorsque les délais des productions et réponses seront expirés, c'est-à-dire lorsque l'arrivée d'un terme fatal aura enlevé aux plaideurs le droit de faire valoir leurs prétentions. On comprend que le décès d'une des parties survenant à un tel moment ne saurait avoir aucune influence sur la marche de la procédure.

La teneur de cet article a pourtant donné lieu à des interprétations différentes. Un auteur, M. Pigeau,

a prétendu que même dans ce cas la procédure n'était pas forcément complète.

L'article 102, au titre des délibérés et instructions par écrit, donne aux parties le droit de produire au greffe de nouvelles pièces. Cette nouvelle production il est vrai, n'est pas forcée, mais comme d'autre part ce même article 102 n'a fixé aucun délai dans lequel la production doit être faite pour être valable, on ne pourra pas dire qu'une procédure dans laquelle une production seulement, non suivie de production, nouvelle, a été faite, sera complète. L'article 103 au cas où une nouvelle production aurait eu lieu, décide que l'autre partie aura un délai de huitaine « pour prendre communication et fournir sa réponse ». Ce délai expiré on pourra dire seulement avec certitude que le juge aura dans la main tous les éléments nécessaires pour faire son rapport.

Peut-on penser que le législateur en rédigeant l'article 343 ait voulu lui donner une telle signification ? Évidemment non : si on admettait une telle doctrine, cela reviendrait à dire qu'une procédure par écrit au cours de laquelle une seule production suivie d'une réponse aurait été faite ne sera jamais en état, ce qui est inadmissible. Une telle interprétation aurait cette singulière conséquence, comme nous le font très judicieusement remarquer MM. Carré et Chauveau que (1), « tandis qu'une cause dans laquelle

1. Carré et Chauveau.

« nulle production n'aurait été faite, serait réputée
« en état par l'expiration des délais, celle au con-
« traire où les premières productions auraient eu lieu
« ne serait pas en état, ce qui est véritablement con-
« tradictoire. »

A notre avis ce sera une question de fait à examiner pour savoir si une procédure par écrit est en état ou non. Avant de rendre son jugement, le juge aura à rechercher si, lors du décès d'une des parties, les productions exigées étaient complètes ou si les délais pour les faire étaient expirés. Une affaire peut donc être en état après les premières productions et la première réponse, mais cela ne doit pas avoir lieu nécessairement. La jurisprudence a consacré cette opinion par un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 24 août 1853 (1).

Le Code de procédure ne contient de définition de l'affaire en état que pour une instance ordinaire ou instruite par écrit. Tout en nous basant sur l'esprit de la loi, il nous faut donc essayer maintenant de faire l'application de ces principes aux différentes procédures, telles que celles de l'appel, du pourvoi en cassation, de la vente sur licitation, de la saisie immobilière, d'ordre, et aux instances devant les tribunaux de paix et de commerce. Nous ne dirons que quelques mots de ces différentes procédures, sauf pourtant celle de la saisie immobilière, qui, vu les

1. D. P. 53. 1. 272.

difficultés qu'elle présente relativement aux formalités des reprises d'instance, nous fournira l'objet d'un appendice spécial placé à la fin de ce chapitre.

La première procédure qui attire notre attention est la procédure d'appel. Nous nous bornerons à constater que les formes de l'instruction étant à peu près les mêmes devant les Cours d'appel que devant les tribunaux de première instance il n'y a lieu d'ajouter aucune observation à ce que nous avons dit précédemment.

A quel moment une affaire est-elle en état devant la Cour de cassation ? La procédure devant la Cour de cassation se compose de deux parties distinctes : une première se déroulant devant la Chambre des requêtes, une seconde qui a lieu devant la chambre civile. Il importe peu de rechercher quand une affaire est en état devant la Chambre des requêtes, puisque le défendeur n'y étant pas appelé, l'affaire n'est pas contradictoire.

Devant la Chambre civile l'instruction se compose de différents mémoires qui doivent être produits dans certains délais fixés par la loi. Cette procédure ayant beaucoup de ressemblance avec celle des causes instruites par écrit, il faut donc procéder ici par analogie et décider que devant la Cour de cassation une affaire sera en état lorsque les productions autorisées par la loi auront été faites ou, en cas de non-comparution du défendeur, lorsque, les délais pour

déposer les mémoires étant expirés, le certificat de défaut aura été délivré par le greffier.

Voyons maintenant à quel moment une procédure d'ordre se trouve être en état? Dans une telle procédure la dénonciation de l'état provisoire de collocation fait courir un délai de trente jours pendant lequel le droit de contredire cet état de collocation provisoire appartient à tous ceux auxquels le travail du juge ne donne pas satisfaction. Aussi longtemps qu'une contestation pourra se produire, on ne pourra pas dire que le juge aura en sa possession tous les éléments nécessaires pour pouvoir distribuer avec équité les sommes provenant de la vente d'un immeuble. Une procédure d'ordre ne sera donc pas en état tant que le délai de trente jours accordé aux intéressés pour contredire le règlement provisoire ne sera pas expiré. Voir arrêt, Cour de Paris, 25 mars 1835.

Quant à la question de savoir lorsqu'une affaire est en état devant les tribunaux de commerce et les justices de paix, cela est beaucoup plus simple. La partie la plus importante de l'instruction ayant lieu à l'audience même où les moyens de défense sont exposés verbalement par chacun des plaideurs ou de leurs mandataires, une instance pendante devant le tribunal de commerce ou devant un juge de paix ne sera donc pas en état avant le jour indiqué par l'assignation pour être jugée.

Revenons maintenant à la procédure ordinaire devant le tribunal civil et examinons si une affaire qui est en état peut cesser de l'être et quelles sont les causes qui peuvent amener un tel résultat ?

On sait que lors d'un jugement il y a partage quand les voix des juges sont réparties de telle façon qu'aucune opinion n'a la majorité. J'ajoute que le partage est réputé inévitable dans un tribunal composé en nombre impair lorsque l'article 117 qui prescrit aux juges les plus faibles en nombre de se réunir à l'une des opinions qui auront été émises par le plus grand nombre, serait inapplicable, aucune opinion n'ayant sur l'autre une majorité formelle ou implicite. L'article 118 du Code de procédure civile modifié par la loi du 30 août 1883 est venu trancher la difficulté. Cet article décide qu'en cas de partage, « on appellera, pour le vider, un juge ; à défaut du « juge, un suppléant ; à son défaut, un avocat attaché « au barreau, et à son défaut, un avoué ; tous appe- « lés selon l'ordre du tableau : l'affaire sera de nou- « veau plaidée. » L'article 468 du même Code indique pour les Cours d'appel un procédé analogue. L'adjonction de ce juge départiteur donnera lieu à récusation suivant le droit commun et cette récusation, conformément à l'article 382 du Code de procédure civile, devra être exercée avant le commencement de la plaidoirie. L'ouverture seule de ce droit aura donc pour résultat que la cause cessera d'être

en état jusqu'à ce que la partie à qui ce droit appartient l'ait exercé ou en ait été déchue. Si l'une des parties vient à décéder entre l'époque du jugement qui aura déclaré le partage et nommé le départiteur et celle où le nouveau juge ne pourra plus être récusé il sera nécessaire avant de poursuivre la procédure d'assigner en reprise d'instance les héritiers de la partie décédée pour qu'ils puissent exercer de leur chef une récusation qui appartiendrait à leur auteur s'il vivait encore.

Si l'affaire est en rapport, ce que nous venons de dire s'applique également. Mais il existe pour ces sortes d'affaires une seconde cause qui leur est particulière et en vertu de laquelle l'affaire en état cesse de l'être : c'est le décès du rapporteur ou sa démission. Dans ce cas l'article 110 du Code de procédure civile nous dit que « si le rapporteur décède, se démet
« ou ne peut faire son rapport, il en sera commis
« un autre sur requête, par ordonnance du président
« signifiée à partie ou à son avoué trois jours au
« moins avant le rapport. »

Il est bien évident que si une des parties ou son avoué est alors décédée, son adversaire sera dans l'impossibilité de remplir cette formalité.

Signalons également comme faisant cesser une affaire d'être en état le cas où le jugement qui interviendrait au lieu d'être une décision définitive serait un jugement d'avant dire droit, tel qu'un jugement

ordonnant une enquête ou une instruction par écrit. Dans ce cas le décès d'une partie ou de l'avoué donnerait lieu à une reprise d'instance ou à une constitution de nouvel avoué. En effet pour signaler cette hypothèse, M. Bourbeau s'exprime en ces termes (1) : « Le jugement interlocutoire rendu sur les « conclusions des parties a épuisé l'effet légal qu'elles « étaient destinées à produire. A partir de ce jugement aucune procédure ne pourra être valablement notifiée qu'après l'accomplissement des formalités exigées pour mettre les intéressés en demeure de se faire représenter dans l'instance, et l'affaire ne sera réputée en état qu'après de nouvelles conclusions prises devant le tribunal depuis l'accomplissement de l'instruction ordonnée. »

Ajoutons pour terminer sur ce sujet que l'application de cette théorie a été faite par la Cour suprême notamment dans les arrêts du 8 août 1859 et du 25 avril 1864 (2).

Avant d'aborder l'étude des causes d'interruption de l'instance dont l'influence est si grande sur cette phase du procès, il nous faut maintenant consacrer quelques pages à la troisième phase.

Troisième phase. — La troisième période que l'on peut envisager dans la marche d'un procès est celle

1. Bourbeau, *op. cit.*, 203.

2. D. P., 59.1.345 et 64.1.182.

qui s'étend depuis le moment où la cause est réputée être en état jusqu'au jugement. Dès que les conclusions ont été contradictoirement prises à l'audience, l'un des événements interruptifs sera sans effet sur la marche de l'instance. C'est ce que formule l'article 342 du Code de procédure civile : « Le jugement de l'affaire qui sera en état ne sera différé ni par le changement d'état des parties, ni par la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient, ni par leur mort, ni par les décès, démissions, interdictions ou destitutions de leurs avoués. » Après les explications que nous avons données précédemment on sait que cet article puise son origine dans le désir qu'a eu le législateur de ne pas retarder le prononcé d'un jugement lorsque le juge avait ou plutôt était censé avoir en sa possession tous les éléments nécessaires pour entraîner sa conviction et éviter ainsi de nouveaux frais. Nous n'insisterons pas de nouveau sur cet article et nous en aurons fini avec lui si une difficulté méritant de retenir notre attention n'était surgie relativement aux droits personnels appartenant à la partie décédée.

On peut formuler ainsi la question qui se présente. Lorsque le procès a pour objet un droit personnel à l'une des parties le décès de cette partie survenant lorsque la procédure est en état empêche-t-il le juge de prononcer sa sentence ?

Il semble au premier abord que la solution affir-

mative serait seule admissible ici ; les droits personnels ne sont pas transmissibles aux héritiers du défunt et on ne voit pas très bien dans quel but ces héritiers obtiendraient une condamnation. On peut noter en ce sens un arrêt de la cour de Douai.

Nous préférons l'opinion contraire admise par la majorité des auteurs. Est-il juste de dire que par suite du décès d'une des parties ses héritiers n'auront aucun intérêt à poursuivre une instance ayant pour objet un droit personnel au défunt ?

Assurément non. L'article 130 du Code de procédure civile qui veut que toute partie qui succombe soit condamnée aux dépens fait apparaître cette utilité. A notre avis un tribunal ne peut se dispenser de prononcer une condamnation aux dépens et comme cette condamnation est subordonnée au sort de la demande principale il y a là une raison suffisante pour qu'un tribunal statue dans l'hypothèse de l'article 342, même au cas où il s'agirait d'un droit exclusivement attaché à la personne du défunt. J'ajoute que l'application de cette théorie a été faite par la Cour de cassation dans son arrêt du 27 juillet 1871.

Le Code par suite de son silence confirme cette opinion. Si le législateur avait été d'avis qu'une instance ayant pour objet un droit personnel était forcément éteinte par le décès du titulaire de ce droit, il n'aurait pas eu besoin de le dire expressément pour une des

instances ayant pour but un droit personnel. Je veux parler d'une demande en divorce.

La loi du 18 avril 1886 a décidé dans l'article 244 § 3 du Code civil que « l'action en divorce s'éteint également par le décès de l'un des époux survenu avant que le jugement soit devenu irrévocable par la transcription sur les registres de l'état civil. »

Disons un mot de cette exception à notre théorie et expliquons les raisons qui ont poussé le législateur de 1886 à inscrire au Code cette disposition. Le mieux est de reproduire l'exposé des motifs qui justifie ainsi : « Une question délicate s'est présentée : quelle pouvait être la conséquence sur le sort « d'une instance en divorce du décès du demandeur « ou du défendeur ? Quelles distinctions pouvaient « être faites ? L'action en divorce est-elle si étroitement « attachée à la personne des époux qu'elle ne puisse « être poursuivie par les héritiers de l'un d'eux si « un décès survient en cours d'instance ? Cette opinion a prévalu. Pour les héritiers il s'agit uniquement d'intérêts pécuniaires qui assurément peuvent « être fort respectables et fort importants. Mais « suffisent-ils pour qu'on permette l'exercice d'une « action qui, dans la plupart des cas, entraîne de « fâcheux débats. En outre en tout état de cause les « héritiers pourront-ils poursuivre l'action ou pourra-t-elle être poursuivie contre eux ? Il eût fallu fixer « au cours de l'instance le moment après lequel le décès

« de l'époux n'entraînerait pas la cessation de la pro-
« cédure. Cette désignation tout arbitraire ne tenait
« pas compte du droit de pardon qui appartient tou-
« jours à l'époux demandeur. Jusqu'au dernier mo-
« ment les conclusions peuvent être modifiées, la
« demande peut être retirée. Il eût fallu renoncer à
« cet espoir dans le cas de demandes suivies dans
« un but absolument pécuniaire. »

Remarquons en passant qu'aux termes de l'article 307 du Code civil il faut appliquer le troisième alinéa de l'article 244 à la séparation de corps avec cette différence toutefois que le jugement qui prononce la séparation de corps n'ayant pas besoin d'être transcrit sur les registres de l'état civil il sera irrévocable dès qu'il sera définitif.

Sans entrer dans un examen approfondi de la question il me semble que les auteurs de la loi de 1886 n'ont pas été très bien inspirés en insérant cette disposition dans le Code. Là plus que partout ailleurs une solution contraire aurait peut-être été préférable. Nous savons, en effet, que le divorce entraîne de plein droit certaines déchéances contre l'époux coupable. Ce dernier, aux termes de l'article 386 du Code civil, perd la jouissance légale à laquelle il pourrait avoir droit d'après l'article 384 sur les biens de ses enfants. De même l'article 299 du Code civil décide que : « L'époux contre lequel le divorce aura été prononcé perdra tous les avantages que l'autre époux

pouvait lui avoir faits soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage. » La loi actuelle empêche ces deux déchéances, qui seront peut-être le plus sensible pour l'époux coupable, de se produire. Elle laisse de côté les intérêts pécuniaires qui dans l'espèce seront représentés par des donations peut-être considérables pour n'attacher d'importance qu'aux intérêts moraux ; nous n'entendons pas faire abstraction de ces considérations mais nous ne croyons pas que le scandale résultant des débats soit bien considérable, le procès ne portant le plus souvent à la connaissance des tiers que des faits qui sont déjà de notoriété publique. Enfin l'impossibilité du pardon qui servit d'argument au rapporteur ne devrait pas être pris en considération car du moment que la réconciliation n'a pas eu lieu lors de la tentative de conciliation devant le président il y a beaucoup de chances pour qu'elle ne se produise pas au cours des débats.

Quoi qu'il en soit, la loi est formelle sur ce point ; en tous cas il faut bien nous garder d'étendre à d'autres matières une règle très critiquable déjà en matière de divorce et de séparation de corps et qui leur est on ne peut plus particulière.

Tels sont les cas dans lesquels le décès d'une des parties ou de leur avoué donne lieu à une reprise d'instance ou à une constitution de nouvel avoué ; nous allons étudier maintenant d'une manière plus

approfondie les causes elles-mêmes qui nécessitent ces procédures.

SECTION II

Causes possibles d'interruption pour les affaires qui ne seront pas en état.

Nous avons déjà dit que l'ordonnance de 1667 ne prévoyait comme causes d'interruption que la mort d'une des parties, le décès ou la cessation des fonctions du procureur. Mais les auteurs et la jurisprudence avaient décidé, par analogie avec ce qui se passait pour le mandat civil, que le changement d'état ou la cessation des fonctions d'une des parties produiraient le même résultat interruptif. Ces solutions ont-elles été consacrées par le Code de procédure ? A s'en tenir à la lecture de l'article 342 il semblerait en résulter que le législateur de 1806 a admis ces quatre causes d'interruption de l'instance existant sous l'ancien droit.

En disant que le changement d'état des parties ou la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient étaient sans influence sur la marche du procès lorsque l'affaire était en état, l'article 342 ne semble-t-il pas impliquer par argument *a contrario* qu'il en est autrement lorsque l'affaire ne se trouve pas être en état ? Il n'en est rien et l'article 345,

§ 1, ne permet aucun doute à cet égard en nous disant que « ni le changement d'état des parties, ni la cessation des fonctions dans lesquelles elles procédaient n'empêcheront la continuation des procédures. »

Sous l'empire du Code de procédure civile il n'y a donc plus que deux causes possibles d'interruption : 1° la mort de l'une des parties ; 2° les décès, démissions, interdictions ou destitutions des avoués. L'article 344 du Code de procédure civile s'exprime ainsi : « Dans les affaires qui ne seront pas en état, toutes « procédures faites postérieurement à la notification « de la mort de l'une des parties seront nulles ; il « ne sera pas besoin de signifier les décès, démis- « sions, interdictions ni destitutions des avoués ; les « poursuites faites et les jugements obtenus depuis « seront nuls, s'il n'y a eu constitution de nouvel « avoué. » Remarquons en passant que la mort civile d'une des parties produisait le même résultat que sa mort naturelle. Ceci résulte de la discussion de l'article devant le tribunal qui substitua au mot « décès » celui de « mort » pour que la même expression pût s'appliquer également aux deux hypothèses. Cette substitution qui présente un intérêt purement historique a perdu aujourd'hui toute son importance par suite de l'abolition de la mort civile par la loi du 31 mai 1854.

Lors de la discussion de cet article M. Regnaud de

Saint-Jean d'Angely s'était élevé contre la rédaction absolue de l'article 344 ; il citait comme exemple le cas où une femme venant à se marier il serait nécessaire, pour que la procédure fût valable, de faire mettre en cause le mari. Le rapporteur lui répondit que le changement d'état pouvait être ignoré par l'adversaire et que c'était à la femme de prévenir son mari.

Il est évident que le législateur a commis une erreur de rédaction, car par suite de l'assimilation qu'il fait quand la cause est en état, on est tenté d'agir pour celui où l'affaire n'y était pas. Quoi qu'il en soit, il n'y a aucun doute à ce sujet, l'article 344, alinéa 1, doit l'emporter sur l'article 342 ; les termes exprès de l'article 344 et l'interrogation de M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely lors de la rédaction n'autoriseraient pas une interprétation contraire.

Cette dernière opinion a cependant été soutenue par M. Demiau-Crouzilhac et il nous faut mentionner également quelques arrêts en ce sens : Chambéry, 3 avril 1867 (1) et Paris, 31 janvier 1888 (2).

Il faut également signaler une opinion intermédiaire qui distingue suivant que le changement d'état ou la cessation de fonctions d'un des plaideurs auraient été ou non signifiés.

Mais cette opinion doit être repoussée également

1. D. P. 67.5,366.

2. D. P. 89,2,200.

car l'article 345 ne fait aucune distinction. Citons en ce sens les arrêts de la Cour de Nîmes du 6 novembre 1886 et de Pau du 2 janvier 1849.

La situation créée par l'article 345 du Code de procédure civile est restée intacte malgré une tentative de réforme que la commission de 1866 a essayé d'introduire. Elle proposait de décider que « si la partie
« qui notifiait le décès de son auteur, son propre chan-
« gement d'état ou la cessation des fonctions de son
« représentant, constituait avoué par le même acte et
« qu'elle fût d'ailleurs capable d'ester en justice, l'ins-
« tance serait reprise de plein droit. » On voit que cette proposition tendait à remettre en application la théorie admise par la doctrine et la jurisprudence sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Cette opinion ne prévalut pas.

A notre avis, la motion de la commission de 1866 ne présentait pas un bien grand avantage pratique.
« Imagine-t-on, écrit M. Garsonnet (1), qu'une femme
« quise marie au cours d'une instance la laisse ignorer
« à son mari et ne se décharge pas immédiatement
« sur lui du soin de la suivre ou qu'un tuteur qui
« sort de fonctions ne mette pas sur-le-champ son
« successeur au courant des affaires pendantes et des
« procédures engagées. »

Cette doctrine est partagée par la plus grande par-

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. III, p. 148.

tie des auteurs, notamment par MM. Chauveau sur Carré, Boitard, Colmet-Daage et Glasson (1). La jurisprudence en a fait de nombreuses applications. Nous ne voulons pas donner ici une énumération complète de tous les arrêts et jugements rendus sur cette matière; une telle énumération par suite du grand nombre des décisions judiciaires rendues sur ce sujet risquerait fort d'être fastidieuse. Nous nous contenterons d'indiquer les principales : 1° Sur le mariage en cours d'instance d'une femme partie au procès, Orléans, 9 janvier 1849 (D. P. 49. 2. 107). — 2° Sur l'acceptation pure et simple d'un héritier qui primitivement avait accepté sous bénéfice d'inventaire seulement, Aix, 2 juin 1808 (V° *Rép. d'Inst.*, n° 30). — 3° Sur le cas où un des plaideurs vient à être pourvu d'un conseil judiciaire ou à être judiciairement interdit, Pau, 2 janvier 1849 (D. P. 49. 2. 128); — Bourges, 30 juillet 1894 (D. P. 95. 2. 409). — 4° Sur le cas où l'une des parties devient majeure, Req., 1^{er} février 1876 (D. P. 76. 1. 323). — 5° Citons enfin sur l'hypothèse de la cessation des fonctions, dans lesquelles une partie procédait, l'arrêt de rejet de la Cour de cassation du 17 août 1853 (D. P. 54. 1. 382).

On voit par ce qui vient d'être dit que l'article 345 du Code de procédure civile apporte une dérogation importante aux règles du mandat ordinaire. Un

1. *Op. cit.*, t. I, n° 537.

changement d'état qui se produit dans la personne du mandant lui enlève l'exercice de tout ou partie de ses droits, le rend incapable de donner mandat. L'article 2003 du Code civil nous apprend que le mandat prend fin par l'interdiction ou la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire. La justification d'une telle exception est assez facile à justifier. Elle tient principalement au caractère propre du mandat dont est investi un avoué.

Supposons par exemple qu'une personne frappée pour une raison quelconque d'incapacité acquiert ou recouvre sa capacité; on est en droit de supposer que cette personne soit désireuse par la suite d'exercer par elle-même ses droits. La loi présume donc que le mandat a pris fin à moins qu'il ne soit intervenu une convention entre le mandant et le mandataire en vertu de laquelle les pouvoirs de ce dernier seraient prorogés. Si au contraire le changement d'état avait pour but de rendre incapable la personne qui en est l'objet, il est à présumer que son représentant légal agira par lui-même sans se servir des services du mandataire qui avait été préalablement constitué. La situation au cas de mandat *ad litem* est bien différente; le ministère de l'avoué étant obligatoire pour représenter un plaideur en justice, la règle de l'article 2003 ne ferait cesser le mandat que pour le renouveler immédiatement après, ce qui serait absolument inutile et n'aurait pour résul-

tat que d'occasionner un retard. Aussi le législateur a-t-il jugé préférable de présumer à défaut de révocation expresse le maintien du mandat.

Il nous faut examiner maintenant deux autres hypothèses dans lesquelles il y a lieu de se demander si la procédure de la reprise d'instance est nécessaire. 1° Dans le premier cas il faut supposer que la personne qui vient à décéder plaiderait à la fois en son propre nom et au nom d'un tiers. A notre avis, l'instance doit être interrompue ; elle est interrompue par le fait même du décès de celui qui plaide en son propre nom et nous nous demandons en vertu de quel principe juridique le fait de joindre la qualité de représentant d'un tiers à celle de partie personnellement intéressée pourrait empêcher l'article 344 du Code de procédure civile de s'appliquer ici. Il ne peut y avoir aucun doute à ce sujet. 2° La deuxième hypothèse est celle où l'un des plaideurs est une section de commune. On sait qu'une section de commune est représentée devant les tribunaux comme dans tout acte juridique par un syndic conformément à la loi du 5 avril 1884 (art. 128). Si le syndic d'une section de commune vient à décéder, y aura-t-il lieu d'appliquer les règles relatives aux reprises d'instance ? La solution affirmative nous paraît ici comme dans la question précédente devoir être admise. A la différence du département et de la commune qui sont revêtus de la personnalité, la

section de commune n'a d'existence juridique que par le membre de la commission syndicale qui la représente et meurt pour ainsi dire avec lui. Il est impossible de ne pas appliquer les règles spéciales de l'interruption car on se demande contre qui, si l'on admettait la solution contraire, l'instance pourrait être poursuivie.

Une difficulté qui divise profondément la jurisprudence a sa source dans la faillite. On sait qu'à partir du jugement déclaratif de la faillite aux termes de l'article 443, alinéa 2 du Code de commerce, « toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics. » On s'est demandé si au cas où l'affaire n'était pas encore en état au moment où le jugement déclaratif de la faillite a été rendu, l'article 443, alinéa 2 du Code de commerce, ne contenait pas une dérogation virtuelle à l'article 343, alinéa 1 du Code de procédure civile; autrement dit dans l'hypothèse qui nous occupe le changement d'état contrairement à la règle générale serait une cause d'interruption et donnerait lieu à la procédure spéciale en reprise d'instance. La jurisprudence dominante partage cette opinion et parmi les nombreux arrêts qui en ont fait l'application il nous faut citer ceux de la Cour de Chambéry du 3 avril 1867 (1) et ceux de la Cour de Paris du 18 mars 1875 et du 18 avril 1889 (2).

1. D. P. 67.5.366.

2. D. P. 75.2.49 et D. P. 90.2.342.

Pourtant le système contraire est encore aujourd'hui professé par un grand nombre d'auteurs qui n'hésitent pas à décider que la faillite de l'une des parties, déclarée au cours d'une instance engagée, n'est en aucun cas une cause d'interruption de cette instance. La Cour de Bordeaux dans son arrêt du 29 février 1860 (1) est de cet avis. Voici les principaux « attendus » de cet arrêt : « Attendu que c'est « vainement que le syndic oppose ici l'article 443 du « Code de commerce portant qu'à partir du jugement « déclaratif de la faillite toute action mobilière ou « immobilière ne peut être suivie ou intentée que « contre les syndics. — Attendu que cette disposition « qui ne fait que développer et expliquer les conséquences du dessaisissement par le failli de l'administration de tous ses biens ne saurait être considérée comme dérogoratoire aux règles générales sur la reprise d'instance exprimées au Code de procédure civile et communes à toutes les actions portées en justice ; que, pour qu'il en fût autrement et pour admettre l'état de faillite comme créant un nouveau cas d'interruption forcée de la procédure et de reprise d'instance, il faudrait que la loi eût expressément et formellement ordonné, ce qu'elle n'a pas fait. » Citons également en ce sens un arrêt récent de la Cour de Riom du 7 juillet 1906 (2).

1. D. P. 60.5,327.

2. D. P. 1907, 6^e et 7^e cahiers, 2.98.

Nous ajoutons que MM. Lyon-Caen et Renault (1) partagent en tous points cette opinion.

Il s'élève entre les auteurs qui admettent le premier système une controverse sur le point de savoir si l'instance est interrompue de plein droit par le fait même qu'un jugement déclarant en état de faillite l'une des parties a été rendu ou s'il est nécessaire qu'une notification ait été faite comme cela est exigé au cas du décès d'un des plaideurs. Les uns, comme M. Alauzet (t. 7, n° 2645), exigent une notification : les autres, au contraire, suivant l'avis de M. Ruben de Couder (n° 208), estiment que l'on doit admettre l'interruption de plein droit. Nous préférons toutefois nous ranger à cette dernière opinion. Il est bien évident que si l'on adopte le système professé par MM. Lyon-Caen et Renault, cette difficulté tendra à disparaître : cela d'ailleurs n'enlèvera pas au syndic le droit de se substituer au failli ; mais, s'il reste inactif, l'instance n'en sera pas pour cela interrompue et la partie adverse n'aura pas besoin de l'assigner en reprise d'instance et pourra opposer à la masse le jugement obtenu contre le failli.

Néanmoins nous estimons que dans le cas où une affaire n'est pas encore en état au moment où un jugement vient à déclarer en faillite une des parties au procès, il doit y avoir lieu à reprise d'instance.

1. Lyon-Caen et Renault, *Droit commercial*, t. 2, n° 2676.

En effet, bien que les articles 342 et 344 du Code de procédure civile n'énumèrent que deux causes interruptives d'instance : 1° la mort de l'une des parties ; 2° les décès, démission, interdiction ou destitution des avoués, et seulement lorsque les affaires ne sont pas en état, la rédaction de l'article 443 du Code de commerce étant postérieure à celle des articles précités a apporté une dérogation virtuelle en matière de faillite aux restrictions énumérées plus haut en imposant la nécessité d'une reprise d'instance en dehors des cas limitativement déterminés par le Code de procédure civile. Ajoutons que la jurisprudence actuelle de la Cour de Paris n'hésite pas à admettre ce système et citons notamment en ce sens les arrêts des 1^{er} juin 1900 (1) et 9 janvier 1903 (2). Voici d'ailleurs les « considérants » contenus dans ce dernier arrêt et qui nous paraissent établir très solidement la jurisprudence de cette Cour. « La Cour ; sur la « reprise d'instance : Considérant qu'il résulte de la « combinaison des articles 342 et 344 du Code de « procédure civile que deux causes seulement sont « interruptives d'instance : 1° la mort de l'une des « parties ; 2° les décès, démission, interdiction ou « destitution des avoués, et seulement lorsque les « affaires ne sont pas en état ; que l'article 345 du « même Code dispose en termes formels que ni le

1. D. P. 1902.2.195.

2. D. P. 1905.2.290.

« changement d'état des parties, ni la cessation des
« fonctions dans lesquelles elles procédaient n'empê-
« cheront la continuation des procédures ; — Mais
« considérant que la rédaction de l'article 443 du
« Code de commerce, postérieure à celle des articles
« précités, implique une dérogation virtuelle, dans
« la matière de la faillite, aux restrictions du Code
« de procédure civile ; que l'article 443 dispose, en
« effet, qu'à partir du jugement déclaratif de faillite,
« aucune action ne pourra être suivie ou intentée
« que contre les syndics ; que ce texte impose la né-
« cessité d'une reprise d'instance, en dehors des cas
« limitativement déterminés par le Code de procé-
« dure civile. »

Il est bien évident que le changement d'état ou la cessation des fonctions, s'il vient à être dénoncé à l'adversaire, aura pour résultat d'obliger ce dernier à en tenir compte dans les significations qu'il fera par la suite soit à personne, soit à domicile sans être obligé cependant à assigner en reprise d'instance. De même si le changement d'état résulte du mariage d'une femme et que cette situation ait été signifiée le mari devra à peine de nullité de la procédure être mis en cause ; à défaut de notification ni la femme, ni le mari ne pourront se prévaloir du défaut d'autorisation. Mais ici encore dans aucun cas il n'y aurait lieu d'introduire la procédure spéciale en reprise d'instance.

Pour les significations postérieures au jugement elles doivent et ne peuvent être faites qu'à la personne seule qui a qualité pour les recevoir. Il faut mentionner cependant en sens contraire deux arrêts, l'un de la Cour de Lyon du 17 avril 1812 l'autre de la Cour de Paris du 13 novembre 1828, dans lesquels il est décidé que l'appel d'un jugement rendu contre des mineurs ainsi qualifiés dans le jugement peut être valablement signifié au tuteur qui les avait représentés en première instance bien que ceux-ci aient atteint leur majorité dans l'intervalle écoulé entre le jugement et la signification de l'appel. Ces décisions sont du reste généralement critiquées. A notre avis, les motifs de ces jugements sont loin d'être probants car dire, comme ils le font, que le tuteur n'a pas cessé de procéder comme tel et qu'il a constitué avoué devant la Cour c'est donner une explication qui n'en est pas une.

Ces deux arrêts ont fait l'application aux significations d'appel des règles restreintes par la jurisprudence et la doctrine aux significations faites en cours d'instance. L'appel constitue une instance nouvelle dont l'acte introductif ne peut être signifié qu'à la personne qui a qualité pour le recevoir.

Il nous faut maintenant examiner une difficulté particulière au pourvoi en cassation et relative à la manière dont il faut procéder pour signifier l'arrêt d'admission lorsque le défendeur a changé d'état. On

sait que devant la Cour de cassation le règlement du 28 juin 1738 élaboré par d'Aguesseau pour le Conseil du roi est encore en vigueur aujourd'hui dans la plupart de ses dispositions. L'article 7 de ce règlement défend de la manière la plus absolue « d'assigner les personnes qui n'auraient pas été distinctement et nominativement désignées dans les qualités des jugements », mais ce même article ajoute « que si, dans la suite, il y a d'autres personnes dont la présence paraisse nécessaire il y sera pourvu par un arrêt portant permission de les mettre en cause. »

Pendant longtemps la doctrine de la Cour de cassation a été que cette dernière partie de l'article 7 s'appliquait parfaitement à notre matière et qu'il fallait dans l'hypothèse du changement d'état du défendeur demander à la cour un nouvel arrêt autorisant à le mettre en cause dans la nouvelle condition qui lui était dévolue par suite de son changement d'état. C'était, comme on le voit, une sorte de procédure en reprise d'instance qui était appliquée. La Cour suprême a complètement abandonné aujourd'hui cette jurisprudence et déclare formellement que le pourvoi en cassation n'est pas la suite de l'instance dont le jugement est attaqué, mais est le commencement d'une instance nouvelle qui, de même que toute instance, doit être commencée par un acte introductif régulièrement notifié à la personne ayant qualité

pour y défendre. De nombreux arrêts sont venus faire l'application de cette doctrine ; il serait abusif de les énumérer ici ; nous nous contenterons d'en citer deux relatifs aux changements d'état les plus fréquents, c'est-à-dire le mariage d'une femme et celui de majorité : 1° Il a été jugé que « lorsqu'un changement d'état s'est opéré dans la personne d'un des défendeurs et que par exemple une femme s'est mariée depuis l'arrêt attaqué, la signification de l'arrêt d'admission qui n'est pas faite au mari en même temps qu'à la femme est nulle. » Rejet, 30 mars 1841 (1). 2° D'après le même principe, « la signification d'un arrêt d'admission faite à un tuteur pour un mineur est nulle lorsque le mineur a acquis sa majorité encore bien que toute la procédure faite devant les premiers juges eût été dirigée contre le tuteur et il n'est pas nécessaire pour que cette nullité soit prononcée, qu'il ait été donné une connaissance officielle de l'âge du mineur à ses adversaires ; c'est à eux à prendre toutes les informations sur l'âge de la personne contre qui ils plaident. Rejet, 27 mai 1834 (2).

Revenons maintenant aux deux seules causes d'interruption d'instance prévues par le Code de procédure civile : 1° la mort de la partie, 2° les décès, démission, interdiction, destitution des avoués.

1. V. *Enregistrement*.

2. D. A. Cass., 1155, al. 5, n° 1.

Pour que le décès d'une des parties survenu avant le commencement de la plaidoirie interrompe légalement l'instance, il faut que le décès ait été notifié à l'adversaire : en ce sens, Requête, 18 avril 1877 (1).

Mais de quelle sorte de notification l'article 344 veut-il parler ?

Le Code de procédure civile ne nous le dit pas. Évidemment le mieux serait de signifier une copie de l'acte de l'état civil constatant le décès. Mais il peut se faire, comme le font très judicieusement remarquer MM. Rousseau et Laisney, que l'on soit pressé par l'expiration prochaine d'un délai et que malgré toute diligence possible on soit dans l'impossibilité d'obtenir de l'officier de l'état civil la délivrance d'un extrait ; dans ce cas une simple déclaration de l'avoué faite par acte d'avoué à avoué serait suffisante sauf à poursuivre cet officier ministériel ou sa partie en dommages et intérêts, si la déclaration était erronée. La majorité des auteurs est en ce sens.

Il faut cependant noter un arrêt de la chambre des requêtes du 25 avril 1827 qui à première vue semble indiquer que la Cour de cassation exigerait une notification faite dans une forme spéciale. « Attendu, dit cet arrêt, que la seule question jugée par « l'arrêt était de savoir si la seule allégation de la « mort de l'un des copoursuivants dans l'expropria-

1. D. P. 77.1.293.

« tion était prouvée ; que le demandeur n'article pas
« même dans ses moyens de cassation, que ce décès
« fut justifié mais seulement qu'il avait été légalement
« dénoncé par acte d'avoué à avoué ; que la Cour de
« Bourges (arrêt du 17 mars 1826) n'a pas dû s'arrê-
« ter à une allégation non prouvée et qu'en confir-
« mant le jugement d'adjudication qui avait rejeté la
« demande en surséance fondée sur cette simple allé-
« gation de décès s'est conformée à l'esprit de la
« loi. » MM. Dalloz sont d'avis que d'après cet arrêt
la Cour suprême ne se contente pas de la déclaration
du décès d'une partie faite par acte d'avoué à avoué,
et qu'il faudrait d'après elle une notification dans les
formes voulues par la loi. Mais quelles sont les for-
mes voulues par la loi, le Code ne nous le dit pas
et MM. Dalloz négligent de nous les indiquer.

Selon nous, il faut donner à l'arrêt cité plus haut
une signification tout autre et qui se concilie parfait-
tement avec notre doctrine. En disant que la simple
allégation du décès d'une des parties contenue dans
un acte d'avoué à avoué ne saurait remplacer une
notification, la Cour suprême n'a pas entendu dire
autre chose que la preuve du décès peut toujours
être exigée de la part de l'adversaire. M. Garsonnet
professe la même opinion.

Cette solution est d'ailleurs autorisée par les tra-
vaux législatifs.

Le projet du Code de procédure portait primitive-

ment dans l'article 341 qui correspond à notre article 344 que toutes procédures faites postérieurement à la signification de l'acte de décès seront nulles. A cette première rédaction on a substitué la suivante : « Toutes procédures faites postérieurement à la notification de la mort de l'une des parties. » Par cette substitution il est bien évident que le législateur a entendu décider que la simple déclaration de la mort d'une des parties serait suffisante pour prévenir l'adversaire qu'il doit attendre que les ayants cause du défunt aient repris l'instance ou en cas d'inaction de leur part qu'il doit avant de continuer la procédure les assigner dans ce but. S'il doute de la véracité de la déclaration, il sera libre d'exiger des héritiers la preuve de ce qu'ils ont avancé, preuve qu'ils feront aisément en signifiant un extrait de l'acte de décès.

Il y a lieu d'examiner maintenant si le décès du tiers saisi survenu depuis la dénonciation et l'assignation en déclaration affirmative qui lui avait été donnée conformément aux articles 564 et 570 interrompt l'instance en validité. Un jugement rendu à ce sujet donne une solution affirmative et pourtant nous croyons la solution contraire seule permise. On peut apporter à l'appui de cette opinion les deux arguments suivants : 1° Le tiers saisi n'est pas partie à la saisie, il n'y est appelé que comme témoin ; il ne fait que déposer en déclarant sa dette devant le tribunal qui doit décider sur la validité de la saisie.

Ce qui prouve bien qu'il n'est assigné qu'en cette qualité, c'est qu'il comparait devant un tribunal autre que le sien: le jour seulement où sa déclaration sera contestée, il deviendra partie au procès et il pourra demander son renvoi comme défendeur devant ses juges naturels. 2° On ne trouve nulle part dans le Code une disposition exigeant que la déclaration affirmative ait été faite pour que la saisie-arrêt soit valable. — Nous sommes donc d'avis qu'une saisie-arrêt peut être déclarée valable nonobstant le décès du tiers saisi. La majorité des auteurs est en ce sens. S'il en est ainsi en droit pur, nous croyons que dans la pratique il serait préférable cependant de renouveler la dénonciation et d'assigner les héritiers en leur qualité d'habiles à succéder, cette assignation ne revêtant nullement le caractère d'une assignation en reprise d'instance. Ces héritiers ne pourraient pas même, s'ils sont encore dans le délai, opposer l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer car il ne s'agit là que d'une mesure conservatoire à laquelle ils sont tenus de répondre. Le tribunal pourrait également déclarer la saisie valable, ce qui les empêcherait de se dessaisir de l'objet de la saisie remettant à l'expiration du délai l'obligation de faire leur déclaration.

Nous venons de voir que le décès du tiers saisi ne constituait pas à proprement parler une exception à la règle que le décès d'une des parties interrompt

l'instance. Il nous faut maintenant enregistrer une disposition qui contient une véritable exception à notre règle. C'est celle qui est contenue dans l'article 360 du Code civil. Cet article dit que « si l'adoptant ve-
« nait à mourir après que l'acte constatant la volonté
« de former le contrat d'adoption a été reçu par le
« juge de paix et porté devant les tribunaux et avant
« que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'ins-
« truction sera continuée et l'adoption admise, s'il
« y a lieu. » Cette exception est facile à justifier. Le législateur a jugé qu'il n'était pas utile ici de protéger les héritiers du défunt par une sanction aussi grave que l'interruption d'instance. Ces héritiers sont en effet le plus souvent des collatéraux ou parents éloignés qui dans un intérêt purement pécuniaire n'auraient pas manqué d'aller à l'encontre de la volonté si manifestement exprimée du défunt. Les auteurs du Code n'ont pas cependant voulu mépriser les intérêts de ces successeurs et sans édicter en leur faveur l'interruption de l'instance il leur a accordé dans l'alinéa 2 de ce même article 360 une autre garantie : « Les héritiers de l'adoptant pourront, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur de la République tous mémoires et observations à ce sujet. »

Une difficulté relative à l'article 360 du Code civil s'est élevée : c'est celle de savoir si cette disposition doit être étendue au cas de décès de l'adopté. Un

auteur, M. Baudry-Lacantinerie, tout en constatant que, en pareil cas, le plus souvent personne n'aura intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite, l'adoptant n'ayant aucun droit sur la succession de l'adopté et les descendants de l'adopté n'en ayant pas davantage sur celle de l'adoptant, imagine une situation exceptionnelle où cet intérêt peut naître. « On peut citer comme exemple, écrit-il, le cas où l'adopté, ayant survécu à l'adoptant, serait mort lui-même avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la perfection de l'adoption. Ses héritiers ont intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite, car alors l'adopté sera considéré comme ayant été l'héritier de l'adoptant et leur aura transmis la succession de celui-ci confondue avec la sienne. » Selon M. Baudry-Lacantinerie, le législateur n'aurait parlé que du décès de l'adoptant parce que c'est au cas de ce décès que presque toujours il y aura intérêt à ce que l'adoption devienne parfaite.

La loi qui statue ordinairement *de eo quo plerumque fit* n'a pas prévu une question qui le plus souvent ne se posera pas. Mais à supposer qu'un cas exceptionnel comme celui de M. Baudry-Lacantinerie se présente, faut-il admettre l'extension qu'il nous propose. La solution contraire nous semble préférable. L'exception de l'article 360 établit une faveur au profit de l'adopté et résulte de la nature même de l'adoption ; mais rien ne nous autorise à étendre

cette faveur au profit des héritiers de l'adopté. En outre nous sommes ici en matière tout exceptionnelle et il ne faut pas oublier la fameuse règle : « *exceptio strictissimæ interpretationis est* ». Telles sont les raisons pour lesquelles nous sommes d'avis de ne pas étendre au décès de l'adopté une règle spéciale au décès de l'adoptant.

Remarquons ici que l'interruption de l'instance ne fait qu'arrêter la marche de l'instance sans avoir aucune influence sur son existence. L'affaire n'en reste pas moins pendante devant la cour ou le tribunal où elle avait été portée. La Chambre des requêtes dans un arrêt ancien en date du 30 août 1825 (1) en a fait l'application en décidant que le décès d'une des parties avant que l'affaire ne fût en état et alors même que l'instance n'aurait pas été reprise avec ses héritiers n'empêchait pas après le décès une demande en intervention d'être valable.

Nous arrivons maintenant au deuxième cas prévu par l'article 344 du Code de procédure civile, c'est-à-dire celui des décès, démission, interdiction, destitution des avoués. Il faut d'abord faire une remarque qui constitue une différence importante entre ce deuxième cas et celui que nous venons d'envisager. Au cas du décès d'une des parties ce décès pour interrompre l'instance doit être notifié à l'adversaire

1. D. A., v° *Intervention*, n° 533

Ici au contraire l'un des événements cités par l'article 344 opère de plein droit. Une telle différence est aisée à expliquer : il est fort possible qu'une partie ignore la mort de son adversaire, mais comment admettre qu'un avoué ignore le décès d'un de ses confrères.

Ces derniers sont en relations d'affaires continues, sont appelés à se rencontrer chaque jour dans un même lieu, et le nombre en est trop restreint pour que l'un d'eux puisse ignorer l'un des événements qui viendraient à frapper un autre membre de la corporation.

Il est nécessaire de bien définir le sens exact des expressions « démission, interdiction, destitution ». La démission consiste dans un renoncement purement volontaire de la charge. L'interdiction et la destitution sont toutes deux des peines infligées à un officier ministériel ; mais tandis que la première est une mesure disciplinaire consistant dans la privation temporaire de l'exercice de ses fonctions, la deuxième revêt un caractère beaucoup plus grave vu qu'elle est permanente. L'avoué qui l'a encourue se voit enlever pour toujours sa charge et les fonctions qui y sont attachées. Il faut noter un point essentiel, fait remarquer M. Bourbeau, c'est que « les arrêtés disciplinaires des tribunaux ne deviennent exécutoires que par l'approbation du ministre de la Justice ; la cessation des fonctions n'a lieu qu'à

partir de la notification de l'arrêté approbatif du ministre (1). »

N'ayant rien de particulier à dire sur l'appel et la Cour de cassation relativement à notre question présente, nous consacrerons quelques lignes à la procédure d'ordre.

De même que dans une procédure ordinaire, dans une procédure d'ordre les décès, démissions, interdictions et destitutions des avoués produisent l'interruption. Il ne pouvait pas en effet en être autrement car cette procédure exige pendant toutes ses phases la présence d'un avoué et c'eût été laisser les plaideurs sans défense que de ne pas accorder à ces événements l'effet interruptif aussi longtemps que la cause ne serait pas en état, ce qui, comme nous l'avons dit plus haut, n'a lieu en matière d'ordre que lors de l'expiration des délais fixés par la loi pour contredire les collocations du règlement provisoire. La demande en collocation doit en effet contenir la constitution d'un avoué ; c'est par ce dernier que la production doit être faite, c'est à lui que le règlement provisoire est dénoncé, c'est par lui que sont signés les dires de contestations et, même l'instance terminée, c'est à l'avoué seulement que le jugement est signifié. La nécessité de la présence d'un avoué dans la procédure d'ordre oblige donc le poursuivant,

1. Bourbeau, *op. et vol. cit.*, p. 182, n° 1.

pour que la procédure soit régulière, à provoquer de la part du créancier produisant la constitution d'un nouvel avoué en remplacement de celui qui pour une des causes énumérées par l'article 344 du Code de procédure civile aurait cessé ses fonctions. Ainsi a décidé un arrêt de la Cour de Paris du 25 mars 1835 (1).

Devant les tribunaux de commerce et les juges de paix, le ministère des avoués n'étant pas obligatoire, il ne peut être question d'appliquer les dispositions de l'article 344 relatives à ces officiers ministériels. Si un avoué représentait un plaideur devant ces juridictions il agirait comme mandataire ordinaire soumis aux règles du titre XIII livre III du Code civil.

Il nous faut mentionner maintenant un arrêt de la Cour de Riom (2) tranchant une difficulté qui, à notre avis, ne peut exister. Cet arrêt suppose que les parties ont été renvoyées devant un notaire commis par jugement pour procéder au compte et à la composition des lots conformément à l'article 977 du Code de procédure civile et que les parties ou tout au moins l'une d'elles se soit fait assister en qualité de conseil d'un avoué. Au cours des opérations du notaire, l'avoué d'un des plaideurs avait cessé ses

1. D. A. v° *Repr. d'Inst.*, n° 51, note 1.

2. D. A., v° *Succ.*, 1825, n° 1.

fonctions : la question soumise à la Cour de Riom était celle de savoir si l'article 344 du Code de procédure civile était ici applicable. La Cour a avec raison tranché la question par la négative. En effet, de même que devant les juges de paix et les tribunaux de commerce, le ministère des avoués n'est nullement obligatoire lors d'opérations faites par-devant un notaire ; les parties peuvent y comparaître en personne ; il ne s'agit même pas ici de procédure à faire au cours d'une instance pas encore en état, mais d'une opération faite en exécution d'un jugement définitif en dehors de la présence du juge. Il est évident que dans ces conditions, si une des parties voulait se faire assister ou représenter par un avoué, ce dernier n'agirait ici encore que comme mandataire civil ; il ne peut, à notre avis, y avoir de doute sur ce point d'autant plus que par une disposition peut-être superflue l'article 977 du Code de procédure civile a pris soin de nous dire que « si les parties se font assister auprès de lui d'un conseil, les honoraires de ce conseil n'entreront point dans les frais de partage et seront à leur charge », disposition qui ne peut laisser subsister aucun doute sur la difficulté soumise à la Cour de Riom. Il est bien évident que si les parties reviennent ensuite devant le tribunal, il y aura lieu à constitution de nouvel avoué, sans que les opérations faites postérieurement au décès de l'officier ministériel mandataire soient entachées de nullité.

Il nous faut examiner maintenant si les démissions, interdictions et destitutions sont énumérées limitativement par l'article 344 du Code de procédure civile ou si au contraire ces hypothèses nous sont données à titre d'exemple par le législateur. Dans ce dernier cas il y aurait lieu d'assimiler aux démissions, interdictions et destitutions des avoués leur renonciation d'occuper ou leur révocation par le client. La solution négative nous semble devoir être seule admise. L'article 344 ne nous parle que des démissions, interdictions, destitutions des avoués sans nous laisser entendre en aucune façon que d'une manière générale tout événement entraînant la rupture du mandat judiciaire aurait le même résultat. Cette énumération des cas d'interruption est absolument limitative et il n'appartient ni à la doctrine ni à la jurisprudence d'en ajouter un seul.

En outre pour l'hypothèse spéciale de la révocation de l'avoué il est inséré au Code de procédure civile un article, l'article 75, qui interdit de la façon la plus formelle une interprétation contraire à la nôtre. Cet article nous apprend en effet que « ni le défendeur ni le demandeur ne pourront révoquer leur avoué sans en constituer un autre. Les procédures faites et jugements obtenus contre l'avoué révoqué et non remplacé seront valables. » Il n'est pas possible de dire plus clairement que la révocation d'un avoué n'est pas un événement interruptif de l'ins-

tance. La loi est muette sur l'hypothèse de renonciation de l'avoué ; mais si nous examinons maintenant les motifs qui ont fait insérer au Code de procédure civile l'article 75, nous verrons que la même solution doit être donnée par identité de motifs à cette seconde situation. Le législateur n'a pas voulu qu'un plaideur pût par une révocation de son avoué interrompre à son gré une procédure dont il redouterait le résultat ou obtenir ainsi un laps de temps obligatoire au lieu de demander un sursis laissé à l'appréciation du juge. Grâce à l'article 75 du Code de procédure civile, aussi longtemps qu'une partie n'aura pas constitué un nouvel avoué en remplacement de celui révoqué et resté passivement le mandataire de son client, son adversaire pourra faire à ce dernier toute signification et obtenir tout jugement sans qu'il y ait lieu d'appliquer l'article 344 du Code de procédure civile.

Bien que la loi soit muette sur ce point, les mêmes motifs se retrouvent au cas de renonciation de l'avoué. A première vue l'analogie ne se représente pas car, cette hypothèse étant le résultat de la volonté de l'avoué, on ne voit pas quel intérêt cet officier ministériel aurait à interrompre une instance ; mais la loi en n'insérant pas la renonciation à côté des démissions, interdictions et destitutions, a prévu l'hypothèse d'une collusion frauduleuse entre la partie et son avoué dans le but d'éviter la disposition prohibitive

de l'article 75 du Code de procédure civile. Cette disposition nous paraît très juste car il vaut mieux prévenir la fraude que la réprimer et elle a pour but également d'empêcher des retards dans l'administration déjà si lente de la justice. Tels sont les motifs qui nous ont amené à ne pas assimiler la révocation ou la renonciation d'un avoué à ses démission, interdiction ou destitution (1).

Nous arrivons maintenant à l'étude du sort des procédures faites au mépris des règles de l'article 344 du Code de procédure civile. Ce même article va nous renseigner : « Dans les affaires qui ne seront pas en « état, y est-il dit, toutes procédures faites postérieu-
« rement à la notification de la mort de l'une des par-
« ties seront nulles : il ne sera pas besoin de signifier
« les décès, démissions, interdictions, ni destitutions
« des avoués ; les poursuites faites et les jugements
« obtenus depuis seront nuls, s'il n'y a constitution
« de nouvel avoué. »

Remarquons tout d'abord que, tandis que la loi dans la deuxième disposition de l'article 344 prononce la nullité non seulement des poursuites mais aussi des jugements obtenus depuis l'arrivée de l'événement

1. Cette opinion est partagée par MM. Dalloz, D. A. *op. cit.*, n° 54 ; — Chauveau sur Carré, *op. cit.*, tome III, quest. 1280 *ter*. — Garsonnet, *op. cit.*, t. III, par. 893 *in fine*. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *op. cit.*, 15^e édition, n° 536. En ce sens arrêt de la cour de Grenoble du 25 août 1832, D. A. *Avoué*, n° 168.

interruptif, dans sa première disposition prononce seulement la nullité des procédures. Le législateur a-t-il voulu marquer par là une différence dans la sanction de ses prohibitions suivant que l'interruption de l'instance puiserait sa source dans la personne de la partie elle-même ou dans celle de son mandataire *ad litem*, ou nous trouvons-nous en présence d'une simple erreur de rédaction. Nous sommes d'avis que cette deuxième solution est la vraie et qu'ici comme partout ailleurs il faut appliquer cette grande règle d'interprétation des textes, qui consiste à déclarer que l'esprit d'un article doit l'emporter sur la lettre. Les motifs de la prohibition de l'article 344 sont les mêmes dans les deux cas et nous ne voyons pas pourquoi la sanction légale serait moins forte dans l'un que dans l'autre.

Après avoir écarté cette petite difficulté qui ne fait pas l'ombre d'un doute tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, il nous faut déterminer quels sont les caractères de cette nullité ? Il est bien évident qu'il ne s'agit nullement ici d'une nullité d'ordre public ; d'où il résulte que le ministère public n'a pas la capacité voulue pour la requérir ni le tribunal pour la prononcer d'office. S'agit-il d'une nullité absolue ou d'une nullité relative ? Cette question présente un intérêt considérable car, suivant la solution admise, toutes les parties ou seulement l'une d'entre elles pourront s'en prévaloir. Il semble qu'au

premier abord la généralité des termes doit faire pencher dans le sens de la nullité absolue, mais un examen plus approfondi nous pousse à admettre que telle n'a pas été la pensée du législateur. Il ne faut pas oublier que le rédacteur du Code de procédure civile n'a songé qu'à sauvegarder les intérêts de la partie qui n'était plus représentée au procès par suite du décès de son auteur ou de son avoué et nous ne voyons pas pour quel motif on accorderait une action en nullité à la partie adverse qui n'a pas cessé d'être valablement défendue dans l'instance. L'intérêt est en effet la mesure des actions et nous devons reconnaître que les héritiers ou les créanciers de la partie décédée, ou cette partie elle-même au cas du décès ou de la cessation de fonctions de son avoué, ont seuls intérêt à voir prononcer la nullité de l'article 344 du Code de procédure civile. A eux seuls par conséquent nous accorderons cette action. Il résulte de là que nous nous trouvons en présence d'une nullité purement relative (1).

1. En faveur de cette opinion nous trouvons dans la doctrine MM. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1280; Demiau, *op. cit.*, p. 252; Garsonnet, *op. cit.*, t. III, par. 894; Bourbeau, *op. cit.*, t. V, p. 193; Rousseau et Laisney, *op. et v° cit.*, t. VII, n° 37 et dans la jurisprudence les arrêts suivants : Cour de Bruxelles, 26 mai 1833, D. A., v° *Désaveu*, n° 33; Metz, 6 juin 1866, D. P. 65.2.133; Cass. Req., 18 avril 1877, D. P. 77.1.293; Liège, 18 nov. 1883, D. P. 85.2.53; Civ. Rej., 18 juin 1895, D. P. 95.1.471.

De ce que cette nullité est relative on peut en tirer qu'elle est susceptible d'être couverte par une ratification soit expresse, soit tacite, émanant de la partie qui a qualité pour l'opposer. On peut donner comme exemple de ratification tacite l'arrêt de la Chambre des requêtes du 18 avril 1877 ci-dessus cité qui décide que « la nullité des procédures faites, des jugements obtenus, sans qu'il y ait eu assignation en reprise d'instance contre les héritiers d'une partie décédée depuis la demande et dont le décès a été notifié à son adversaire, est couverte du moment que ces héritiers intimés ont pris en cette qualité des conclusions devant la cour et n'ont pas excipé de l'inaccomplissement des formalités prescrites pour la reprise de l'instance engagée contre leur auteur. »

Tels sont les principaux caractères que revêt la nullité édictée par l'article 344 du Code de procédure civile.

La loi nous dit bien quelle est la sanction attachée à la violation de l'article 344, mais elle est muette sur le point de savoir de quelle manière cette nullité doit être obtenue. Cette question aujourd'hui presque uniquement résolue de la même façon a longtemps et profondément divisé les auteurs ; elle présente donc un intérêt historique considérable qui à lui seul justifie les quelques lignes que nous allons y consacrer. Écartons tout d'abord une question qui ne peut

faire et qui du reste n'a jamais fait de difficulté, celle de savoir de quelle manière il faut poursuivre la nullité des procédures postérieurement à l'interruption de l'instance : une simple demande en nullité adressée au tribunal devant lequel elles auront été faites est suffisante. La question devient bien plus délicate lorsqu'il s'agit de faire prononcer la nullité d'un jugement. Les moyens les plus divers ont été proposés.

La plus ancienne opinion est celle émise par Rodier dans ses questions sur l'ordonnance de 1667 (1). Bien que Rodier ait écrit sous l'empire d'une législation antérieure au Code de procédure, nous croyons qu'il est néanmoins nécessaire de rappeler ici sa théorie attendu qu'elle a été reprise même depuis 1806 par certains commentateurs et que de nombreux jugements en ont fait l'application. Le mieux est de transcrire ici ce que Rodier lui-même a écrit : « On
« trouve, dit-il, dans l'article 2 du titre des requêtes
« civiles, qu'il est permis de se pourvoir par simple
« requête afin d'opposition contre les arrêts et juge-
« ments en dernier ressort (et *a fortiori* contre les
« jugements des juges subalternes) auxquels le de-
« mandeur en requête n'aura pas été partie ou dûment
« appelé. Or dans le cas où l'une des parties est décé-
« dée avant le jugement d'un procès qui n'était pas en

1. Question 4, article 2, titre XXVI, p. 416, édition de 1777.

« état à sa mort, les héritiers n'ayant pas été parties
« ni dûment appelés, la voie de l'opposition par
« simple requête paraît leur être ouverte pour deman-
« der que sans s'arrêter à ce jugement les fins et
« conclusions prises par leur auteur leur soient adju-
« gées. » Cette solution nous paraît absolument insou-
tenable ; d'après le passage ci-dessus rapporté il
apparaît clairement que Rodier accorde aux héritiers
la voie de la tierce opposition ou opposition tiercée
pour obtenir la nullité du jugement rendu contre
eux et dans ce cas il nous semble complètement
impossible d'accorder aux héritiers du défunt la qua-
lité de tiers. Rodier lui-même ne la leur reconnaissait
pas car voici ce qu'il écrit à la page 545 : « N'être
« plus partie dans un procès c'est n'avoir pas été
« ouï ni aucunement appelé ou soi-même ou la per-
« sonne à qui l'on a succédé soit à titre universel,
« soit à titre particulier. On peut alors sans diffi-
« culté former opposition envers l'arrêt qui blesserait
« vos droits et c'est de ce cas qu'il est parlé dans
« l'article 10 du titre 27. »

L'antinomie est flagrante entre les deux passages
de Rodier que nous venons de rapporter. Lorsqu'il
nous définit le « tiers », il nous dit, ce qui n'a jamais
fait difficulté, que le tiers est celui qui n'a pas été
représenté au procès par la personne à laquelle il
succède et dans le cas particulier de la reprise d'ins-
tance l'héritier de la partie défunte serait un tiers.

Sa définition est évidemment destructive de son système ; l'héritier est le représentant du défunt, il ne peut avoir en cette partie que les actions de ce dernier et comme ce dernier n'aurait pas eu le droit, s'il avait été vivant, d'attaquer le jugement par la voie de la tierce opposition, ce droit n'a pas pu être transmis par lui à son héritier.

M. Demiaucrouzilhac (1) nous signale dans la théorie de Rodier une autre conséquence rendant sa théorie impossible. Ce dernier veut que « sans s'arrêter au jugement » on adjuge à l'héritier les conclusions précédemment prises par son auteur. Si on appliquait cette doctrine, on arriverait à ce résultat choquant de laisser subsister contre le défunt une décision qui ne serait pas valable vis-à-vis de ses héritiers, ceux-ci cherchant à obtenir un nouveau jugement, ce qui ferait deux jugements dans la même affaire. Cette prétention des héritiers serait paralysée par l'exception de la chose jugée, puisque le premier jugement qui n'aura pas été rétracté subsistera toujours contre le défunt qui cependant est censé revivre dans la personne de son héritier.

Pour pouvoir obtenir un nouveau jugement il faudrait que le premier ait cessé d'exister ce que l'on ne peut admettre dans la théorie de Rodier qui dit simplement de ne pas s'arrêter au jugement.

1. *Op. cit.*, p. 255.

Des auteurs éminents tels que M. Carré (1) ont entrepris de défendre la théorie de Rodier en faisant remarquer que nulle part dans sa doctrine cet auteur n'a employé l'expression de tierce opposition, mais bien celle d'opposition simple, ce qui se confondrait avec la demande en rapport de jugement de l'ancienne jurisprudence. Cette opinion semble avoir été celle de la Cour de Grenoble qui demandait qu'on ajoutât à l'article 343 du projet devenu dans le Code l'article 344 une disposition décidant que la nullité du jugement dont nous nous occupons n'aurait pas besoin d'être poursuivie au moyen de la requête civile ni de la tierce opposition mais serait prononcée à l'audience sur simple acte d'avoué à avoué. Cette doctrine est également soutenue par les auteurs du *Praticien français* (2) qui admettent que la nullité soit opposée à la partie qui a obtenu le jugement au mépris de la prohibition de l'article 344 lorsque celle-ci voudrait s'en prévaloir.

Cette explication doit être à notre avis également repoussée car nous n'avons plus dans notre droit de demande en rapport de jugement devant le tribunal qui l'a rendu. Cette espèce d'opposition, écrit M. Garsonnet (3), dont usait en pareil cas l'ancienne jurisprudence est aujourd'hui sans exemple et même

1. *Op. cit.*, t. III, quest. 1282.

2. T. 2, p. 236.

3. *Op. cit.*, t. III, par. 894, n° 5.

sans analogie ; elle ne pourrait ressembler qu'à la tierce opposition et nous avons vu plus haut que cette voie de recours extraordinaire ne saurait trouver d'application en notre matière. » De même si Rodier par l'expression d'opposition simple a entendu parler, comme cela a été soutenu, de l'opposition ordinaire, nous devons décider que sa théorie est également erronée vu que l'opposition ne peut avoir lieu qu'à l'encontre d'un jugement rendu par défaut ce qui n'est pas le cas ici.

Une seconde théorie émane de M. Pigeau (1). Selon cet auteur, on ne pouvait obtenir la nullité du jugement au moyen de la voie de recours ordinaire de l'appel. L'appel n'est pas recevable parce que la partie qui poursuit, bien que lésée dans le dispositif du jugement, ne l'est pas du fait des juges qui ont été trompés par leur adversaire. M. Pigeau soutient que la nullité a lieu de plein droit et doit être poursuivie devant le tribunal même qui a rendu le jugement comme en matière de désaveu (art. 360, Code proc. civ.). Dans sa théorie M. Pigeau semble avoir oublié que les nullités de plein droit admises à l'époque romaine avaient déjà été repoussées par l'ancienne jurisprudence française. C'est notamment aux sentences que s'applique le vieil adage rapporté par Loysel : « Voies de nullité n'ont point de lieu. » La règle est donc que les nullités de plein droit n'exis-

1. Pigeau, *op. cit.*, t. I, p. 608.

tent pas. Pour qu'il en soit autrement il faudrait une disposition spéciale insérée au Code comme par exemple l'article 360 du Code de procédure civile en matière de désaveu qui constitue une des quatre exceptions à la règle générale prévues par la loi française. Aucune disposition analogue n'existe relativement aux reprises d'instance et constitutions de nouvel avoué et il nous semble impossible d'étendre l'article 360 à notre matière comme le propose M. Pigeau, les dispositions exceptionnelles étant de stricte interprétation.

A notre avis la règle générale est qu'une fois un jugement rendu il ne peut plus être attaqué, quelle que soit la tache originelle dont il est vicié, que par un mode légal de recours, le vice dont il est atteint étant d'ailleurs susceptible de disparaître par suite du temps ou de l'exécution qui impriment à la sentence l'autorité de la chose jugée. Le jugement rendu au mépris de la prohibition de l'article 344 du Code de procédure civile ne peut donc être attaqué que par l'appel s'il est en premier ressort, par la requête civile s'il est en dernier ressort et le pourvoi en cassation dans les conditions prévues par la loi. Ajoutons, avant de terminer sur ce sujet, que la partie aura aussi une action en désaveu contre l'avoué de la personne décédée, s'il y a eu prévarication de la part de cet officier ministériel. Cette opinion est partagée aujourd'hui par la majorité des auteurs.

APPENDICE

Nous voici arrivé maintenant à une question excessivement délicate et qui ne nous semble pas avoir été jusqu'à présent examinée par les auteurs : c'est celle de savoir si la procédure de la reprise d'instance est applicable à la procédure de saisie immobilière et, si l'on admet une solution affirmative, à partir de quel moment on peut dire que cette procédure est en état. La jurisprudence ne nous sera pas ici non plus d'une bien grande utilité, car, bien que quelques arrêts aient envisagé la question qui va nous occuper, il nous paraît impossible de dégager de son ensemble une doctrine ayant un fondement bien solide.

Nous allons diviser cette étude en deux sections : dans une première section nous envisagerons l'hypothèse du décès d'une des parties, du poursuivant et du saisi, réservant pour une seconde le cas du décès d'un avoué.

SECTION I

Nous allons rechercher si les règles de l'interruption de l'instance sont applicables ici et si leur application présente une utilité quelconque.

Tout d'abord pour que le décès d'une partie donne lieu à notre procédure en reprise d'instance, il faut que l'affaire ne soit pas en état; or à partir de quel moment peut-on dire qu'une procédure de saisie immobilière est en état? C'est une première difficulté que la loi ne tranche pas; elle a donné lieu à des solutions nombreuses et variées que nous rapporterons plus tard et qui toutes prétendent avoir leur source dans l'esprit de la solution donnée par le Code relativement à la reprise d'instance d'une procédure ordinaire.

Pour notre part la solution d'analogie dans des matières aussi différentes que le sont entre elles la procédure ordinaire et la procédure de saisie immobilière nous semble bien scabreuse et il nous paraît bien téméraire de vouloir assimiler à une véritable instance cette procédure spéciale. (Nous entendons parler ici de la saisie immobilière prise en elle-même, c'est-à-dire de la procédure immobilière dégagée d'incidents car dans le cas contraire ces incidents donneraient lieu à de véritables débats auxquels

seraient parfaitement applicables les articles 342 et suivants du Code de procédure.)

Il nous paraît bien difficile d'assimiler la saisie immobilière à une véritable instance car nous n'y retrouvons ni cause, ni contestation, ni conclusions. Dans une instance ordinaire où il y a, par suite du caractère contradictoire qu'elle revêt, des significations réciproques, on comprend aisément que l'on dénonce le décès d'une partie; mais ici cette nécessité ne se présente pas car on ne peut pas comparer le saisi à un défendeur. Ce dernier ne joue dans la poursuite qu'un rôle purement passif et n'a rien à signifier.

On ne saurait non plus prétendre que la procédure en expropriation forcée est interrompue au cas de décès du poursuivant par l'application à ce cas particulier de l'article 2003 du Code civil qui décide que le mandat est interrompu par suite du décès du mandant, ce qui aurait pour résultat, l'avoué du poursuivant restant sans mandat, de faire déclarer nulles les procédures faites postérieurement à ce décès. Cette solution à notre avis ne saurait être admise; le mandat *ad litem* est un mandat spécial qui ne saurait être interrompu par le fait seul de la mort du mandant. La constitution d'avoué une fois faite appartient à la procédure; pour la faire tomber il faut un acte exprès qui soit porté à la connaissance de l'adversaire, dans l'espèce la notification du décès; or ic

on ne voit pas bien l'adversaire puisque le saisi souffre la saisie plutôt qu'il ne la conteste ; il peut d'autant moins recevoir la qualification d'adversaire qu'il n'est même pas obligé de constituer avoué.

Examinons maintenant si l'application des règles relatives aux reprises d'instances, à la saisie immobilière au cas de décès du poursuivant peut présenter une utilité ? Nous ne la voyons pas et nous sommes au contraire d'avis que cette interruption serait plutôt préjudiciable qu'avantageuse ; la dénonciation du décès n'aurait pour résultat en interrompant l'instance que de retarder les poursuites tandis que l'intérêt du poursuivant ou des héritiers est de les mener rapidement à fin.

Si l'on envisage d'autre part le décès du saisi au point de vue de l'intérêt que l'interruption de l'instance peut offrir à ses héritiers, il semble ici au premier abord qu'une solution contraire doive être adoptée. On ne peut pas dire en effet que la reprise d'instance soit en tous points inutile et il semble évident que les héritiers du saisi ont intérêt à dénoncer le décès de leur auteur ; ces derniers ont en effet avantage à connaître l'état de la procédure faite jusqu'alors et à rechercher si elle n'est pas entachée d'un vice quelconque qui en entraînerait la nullité ; cette nullité en effet serait une source de nouveaux frais qui retomberaient sur eux. En outre il peut se faire qu'à l'inverse de leur auteur ils préfèrent exé-

cuter l'obligation qui est la raison de la saisie plutôt que de supporter la saisie elle-même ; mais ils ne peuvent exécuter cette obligation que s'ils ont une connaissance complète de la nature, de l'étendue et des causes de la dette. On voit aisément par ce que nous venons de dire qu'ici les héritiers ont intérêt à ce que la procédure soit interrompue à leur profit, mais il faut se demander si pour arriver à un pareil résultat on était forcé de recourir à la procédure de la reprise d'instance. Cette obligation ne nous paraît nullement indispensable. En effet si l'on se reporte à l'article 877 du Code civil, on voit que cet article après avoir dit que « les titres exécutoires contre le défunt sont pareillement exécutoires contre l'héritier personnellement » ajoute *in fine* et « néanmoins les créanciers ne pourront en poursuivre l'exécution que huit jours après la signification de ces titres à la personne ou au domicile de l'héritier. » Il nous semble que cette disposition était suffisante pour garantir d'une manière complète l'héritier du saisi et lui donner le temps de se rendre compte de l'état de la procédure ou d'examiner la cause et l'étendue de la dette s'il préfère s'arrêter à l'exécution de l'obligation contractée par son auteur. L'article 877, à notre avis, s'applique aussi bien à une exécution commencée qu'à une exécution future, car il ne fait aucune distinction ; nous ne voyons pas quel serait l'intérêt des héritiers du saisi d'avoir à leur disposition la

procédure en reprise d'instance lorsqu'ils se trouvent déjà si fortement garantis par l'article 877 du Code civil. Ces deux moyens différents constituent un double emploi.

SECTION II

Il nous reste quelques mots à dire du décès des avoués.

Si l'avoué du poursuivant vient à décéder il y a lieu nécessairement à constitution d'un nouvel avoué ; le décès met en effet obstacle à la continuation des poursuites.

Si c'est au contraire l'avoué du saisi qui vient à décéder il nous semble qu'il n'y ait pas lieu forcément à constituer un nouvel avoué, car la loi ne forçant pas le saisi à constituer avoué il nous semble difficile d'admettre en notre hypothèse l'interruption de la procédure en expropriation forcée et la constitution d'un nouvel avoué au cas où le premier serait mort ou aurait cessé ses fonctions.

Nous n'admettons donc l'application des règles du titre 17, livre 2, du Code de procédure civile qu'en cas de décès, démission, interdiction ou destitution de l'avoué du poursuivant et ceci nous amène à parler d'une grosse difficulté. A partir de quel moment

peut-on dire qu'une procédure de saisie immobilière se trouve en état? Notons que la même difficulté se présente au cas de décès du poursuivant ou du saisi pour ceux qui admettent que les règles de l'interruption s'appliquent dans l'hypothèse de leur décès. Les solutions sont nombreuses et nous sont fournies par la jurisprudence qui, comme nous l'avons dit, semble admettre l'application à la saisie immobilière des règles des reprises d'instance. Nous nous contenterons d'en rapporter les principales.

Une expropriation forcée serait en état d'après un premier système admis par la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 29 avril 1834 (1) quand tous les actes préalables à l'adjudication définitive ont été faits. La Cour de Paris (arrêt du 11 juillet 1812) est d'avis qu'il faut que les délais prescrits pour proposer les moyens de nullité soient tous écoulés. Enfin un troisième système, mis en vigueur par un arrêt du 15 novembre 1834, décide que la procédure de saisie immobilière est en état après le premier des vingt jours qui précèdent l'adjudication définitive, si à cette époque il n'a été proposé aucun moyen de nullité par le saisi. Notons que ce dernier arrêt a été attaqué par voie d'opposition, mais que cette opposition a été déclarée non recevable (2).

1. D. A. v° *Repr. d'inst.*, n° 12.

2. D. P., 38.1.240.

Voici quelle était la jurisprudence antérieurement à la loi du 2 juin 1841. Des quelques monuments de jurisprudence postérieurs à cette loi il résulte qu'aujourd'hui la procédure de saisie immobilière est en état à partir du jour où ont été faites à la partie saisie et aux divers intéressés mentionnés par l'article 692 du Code de procédure civile les sommations de prendre connaissance du cahier des charges et d'assister à la lecture et publication qui en sera faite. Cette jurisprudence nous paraît d'autant plus exacte que ces sommations constituent le dernier acte de procédure devant être signifié. C'est ce qui résulte notamment de l'arrêt de la Cour d'Angers du 19 mai 1847 rendu dans une espèce où il s'agissait de savoir si la faillite de la partie saisie survenue après que toutes les significations exigées par la loi avaient été faites autorisait le syndic à demander la nullité de l'adjudication parce qu'il n'y avait pas été appelé. Mais le tribunal du Mans par un jugement du 30 août 1845 avait admis la thèse du syndic ; c'est bien avec raison que ce jugement a été infirmé par l'arrêt d'Angers qui contient l'attendu suivant : « Attendu que la faillite de Tirreau survenue le 7 janvier n'a pu vicier la procédure ni la vente sur saisie immobilière ; que depuis le jugement du 23 novembre (lequel avait donné acte de la publication du cahier des charges) le poursuivant n'avait plus aucune signification à faire au saisi ; qu'ainsi on ne

peut l'accuser d'avoir fait des actes contre une personne sans qualité pour y répondre (1). » Citons encore en ce sens l'arrêt plus récent de la Cour d'Alger du 3 janvier 1894.

1. S., 47.2.404.

CHAPITRE II

Par qui et contre qui l'instance doit être reprise

SECTION I

Personnes qui doivent reprendre l'instance.

Le droit de reprendre une instance interrompue par suite du décès d'une des parties appartient à ceux qui tiennent leur droit du défunt. Ceci ne fait de doute pour personne lorsqu'il s'agit de successeurs universels, c'est-à-dire pour les héritiers, les légataires ou donataires universels et à titre universel saisis ou ayant obtenu la délivrance. Ces différents successeurs trouvent dans le patrimoine même du défunt le droit de reprendre les actions intentées par lui. La question fait difficulté au cas d'un successeur à titre particulier (cessionnaire, donataire ou légataire à titre particulier). Faut-il étendre à ces derniers ce que nous venons de décider pour le successeur à titre universel. Grave est la controverse sur ce point.

Certains auteurs parmi lesquels il nous faut mentionner des noms célèbres tels que Pothier (1), De-

1. Pothier. *Procédure civile*, n° 288.

miau-Crouzilhac (1), Chauveau sur Carré (2), sont d'avis que ce droit ne saurait appartenir au successeur à titre particulier. Selon ces auteurs le successeur à titre particulier qui a obtenu la délivrance n'est pas investi des actions du défunt, celles-ci ne sauraient appartenir qu'aux héritiers. On peut objecter qu'un pareil système a pour résultat de faire tomber le legs lui-même et que la libéralité ne pourrait être utilisée par le légataire puisqu'il lui enlève tout moyen de faire respecter son droit et qu'il ne peut en défendre l'objet contre les prétentions qui tendraient soit à le faire sortir de la succession soit à l'amoindrir. Les auteurs que nous venons de citer ont fort bien vu la critique, aussi sont-ils d'accord pour autoriser le légataire à intervenir dans le débat. Cette explication ne va pas cependant sans difficultés, car, pour qu'il puisse y avoir intervention, il faut qu'il y ait un débat d'engagé et ici le débat à proprement parler n'existe pas puisqu'il s'agit justement de le reprendre.

MM. Chauveau sur Carré proposent que le légataire, au lieu de reprendre l'instance par un simple acte comme le veut l'article 347, signifie « par acte » d'avoué à avoué une requête avec copie de son titre, « dans laquelle, après avoir établi son intérêt, il con-

1. Demiau-Crouzilhac, *op. cit.*, p. 232 et 263.

2. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, question 1288 bis.

« clura à ce qu'il plaise au tribunal l'admettre à exer-
« cer quant à ce les actions du défunt, ce faisant tenant
« l'instance pour reprise le recevoir en tant que de
« besoin partie intervenante en icelle pour qu'elle
« soit instruite et poursuivie ensuite suivant les der-
« nières errements de la procédure. » En outre, pour
compléter ce système, M. Chauveau écrit un peu
plus loin « que pour reprendre régulièrement une
« instance il faut que les héritiers y soient ou y
« aient été régulièrement appelés, mais rien n'em-
« pêche que le tribunal n'ordonne avant de statuer
« sur la demande des légataires que les héritiers
« soient mis en cause par la partie la plus diligente. »

M. Chauveau conseille donc aux héritiers dans le cas particulier où le procès aurait pour objet la propriété de la chose léguée d'en refuser la délivrance, ce qui se conçoit aisément avec un pareil système.

Pour notre part nous nous refusons complètement à admettre une pareille théorie. Tout d'abord pour que les héritiers aient un intérêt quelconque à refuser la délivrance de l'objet litigieux, il faut supposer qu'ils soient tenus à la garantie de l'éviction, ce qui est insoutenable. Pothier (1) lui-même nous apprend que l'héritier grevé d'un legs de corps certain n'est pas tenu de transférer une propriété qui

1. Pothier. *Traité des donations testamentaires*, ch. 5, sect. 3, part. 4, p. 412.

ferait défaut au *de cujus* à moins que ce dernier n'ait disposé autrement par une clause spéciale de son testament ; il n'est tenu que d'introduire le légataire *in vacuam possessionem* ; c'est une conséquence du principe que la chose léguée doit être délivrée dans l'état où elle se trouvait à l'époque du décès ; le légataire n'acquiert sur la chose léguée que les droits appartenant au testateur et on ne saurait par conséquent mettre l'éviction à la charge de l'héritier. Notons en passant que pour qu'il en soit ainsi il faut de toute nécessité qu'il soit question d'un corps certain, car s'il s'agissait d'une chose de genre telle qu'un bœuf, une pendule, etc., etc., sans autre détermination, le légataire évincé pourrait en demander une autre à l'héritier non pas parce que celui-ci en serait garant, mais parce que le paiement par lui fait n'était pas valable (arg. art. 1238 C. civ.).

M. Chauveau se base notamment pour refuser à un légataire particulier le droit de reprendre une instance sur ce fait que la délivrance ne l'investit pas des actions et exceptions du défunt. Ceci n'est pas une raison péremptoire car ce n'est pas comme subrogé que nous lui accordons ce droit, mais comme continuateur de la possession, comme détenteur de l'objet litigieux. Le légataire trouve dans le testament lui-même les actions qui lui sont propres et personnelles ; il y trouve l'action en délivrance ; une fois saisi de l'objet il a l'action en revendica-

tion ; pourquoi, si le débat est déjà commencé, ne pas lui donner le droit de poursuivre une action qu'il aurait eu le droit d'entamer. De plus on est frappé de cette anomalie : si l'héritier a seul qualité pour reprendre une instance au cas de legs particulier, s'il faut être le successeur de la personne, il faudrait de même refuser ce droit aux successeurs à titre universel ou universels quand ils n'ont pas la saisine, au curateur à succession vacante, à tous les successeurs irréguliers ; mais M. Chauveau reconnaît lui-même que ces différents successeurs peuvent reprendre l'instance, il n'est donc pas logique avec lui-même ; il n'y a pas de raison pour autoriser un successeur à reprendre une instance lorsqu'il s'agit d'une partie d'un patrimoine, quand on la refuse lorsqu'il s'agit d'un objet déterminé ; les légataires à titre universel ne continuent pas plus la personne du défunt que les légataires particuliers ; tous deux sont des successeurs aux biens dont les droits doivent être les mêmes ; il n'y a de différence que dans l'extension de leurs droits, mais nullement quant à la nature.

Nous avons envisagé jusqu'ici le cas où l'objet du litige est un corps certain, meuble ou immeuble, mais nous accorderons également au légataire particulier le droit de reprendre l'instance s'il s'agit d'une créance sur un tiers avec assignat limitatif : dans ce cas comme dans le précédent le défunt a transmis la

créance avec les droits qui y sont attachés, et si un procès était déjà né, il est censé avoir légué l'action ou le procès.

Cette théorie est du reste conforme à l'article 1122 du Code civil qui nous dit sans distinguer : « on est censé avoir stipulé pour soi et ses héritiers et ayants cause », ce qui veut dire, comme écrivent fort justement MM. Aubry et Rau(1), que non seulement les successeurs universels mais aussi les successeurs à titre particulier sont investis « des droits et actions « que leur auteur avait acquis dans l'intérêt direct « de la chose corporelle ou incorporelle à laquelle « ils ont succédé, c'est-à-dire des droits et actions « qui se sont identifiés avec cette chose comme qualités actives et qui en sont devenus les accessoires. »

A notre avis, le légataire à titre particulier peut donc reprendre une instance portant sur l'objet légué ; mais rien ne s'oppose à ce que son adversaire ou bien lui-même mette en cause l'héritier, ou que ce dernier intervienne de lui-même. Ceci peut présenter de l'intérêt si la demande comporte par exemple une condamnation à une restitution de fruits ou à des dépens faits par le *de cujus*, condamnation dont la succession entière est débitrice et non pas seulement le légataire.

L'application de notre théorie reconnaissant au

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. II, p. 97, 5^e édit.

successeur à titre particulier qualité pour reprendre une instance interrompue par suite du décès de son auteur a été faite par l'arrêt de la Cour de Paris du 20 mars 1867 (1). Cet arrêt décide que l'agent de change peut intenter toutes les actions appartenant à son prédécesseur comme titulaire de la charge et notamment pour reprendre une instance en règlement de compte pendante entre le titulaire décédé et un client.

L'opinion que nous venons de repousser avait sa source dans le droit romain selon lequel à l'héritier seul passaient les actions et droits du *de cuius*. De nombreux textes nous ont rapporté ce principe parmi lesquels notamment on peut citer : 1° celui inséré aux *Institutes* de Justinien (livre II, t. XX, par. 2) où il est dit que le légataire d'une créance ne peut poursuivre le débiteur que comme procureur *in rem suam* ; 2° de même on trouve dans Gaïus (*Comm.*, II, par. 52) un texte qui nous apprend que l'héritier seul pouvait intenter les actions contre les débiteurs de la succession et pouvait seul défendre contre celles des créanciers héréditaires ; 3° enfin le même auteur (*Comm.*, II, par. 251) nous dit que les actions héréditaires étaient dirigées contre l'héritier fiduciaire même s'il était grevé d'un fidéicommis. Ce principe ne devait pas tarder à subir de

1. *Journal des Tribunaux de commerce*, 1868, t. 17, n° 6044.

nombreuses atténuations. Ce fut d'abord le sénatus-consulte Trébellien rendu sous Néron qui décida que le fidéicommissaire au lieu d'être *loco emptoris* serait *loco heredis* et que sur la simple convention de restitution intervenue entre le fiduciaire et le fidéicommissaire ferait passer *jure prætorio* sur la tête de ce dernier la propriété des choses corporelles, les créances et les dettes et par conséquent les actions qui y étaient attachées (1). Le même changement eut lieu à partir d'Alexandre Sévère au profit de l'acheteur d'hérédité qui put poursuivre au moyen d'actions utiles les débiteurs d'hérédité (2). Les mêmes actions utiles appartenaient également depuis Dioclétien au légataire contre le débiteur de la créance léguée (3). Cette dernière extension n'eut d'importance que pour les legs *per damnationem per præceptionem* et *sinendi modo*, étant donné que même sous l'ancienne règle au cas de legs *per vindicationem* le légataire devenant de plein droit propriétaire de la chose léguée devait avoir en cette seule qualité l'action en revendication sans avoir besoin d'en demander la cession à l'héritier du défunt.

C'est donc à un principe très ancien qu'ont obéi

1. Voy. Gaius, *Comm.*, II, par. 253. Textes de M. Girard, p. 238.

2. Voy. *Cod. Just.* L. VI, t. XXXIX.

3. *Cod. Just.* L. XVIII, *De leg.* L. VI, t. XXVII.

Pothier et ceux qui l'ont suivi dans sa doctrine en accordant à l'héritier seul du défunt le droit de reprendre une instance interrompue par suite du décès de son auteur. Ces principes déjà très affaiblis à Rome ne nous semblent plus devoir trouver aujourd'hui application à notre matière. Le légataire ou successeur à titre particulier peut donc intenter les actions, par conséquent reprendre une instance relativement à la chose léguée de même qu'un héritier ou successeur universel ou à titre universel.

Le droit de reprendre une instance interrompue par le décès d'une des parties appartient également aux créanciers du défunt en vertu de l'article 1166 du Code civil. Aux termes de cet article en effet « peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à leur personne. » Pour que le jugement à intervenir soit commun avec les représentants du débiteur défunt ils doivent les mettre en cause.

En vertu de ce même article 1166 les créanciers d'une partie ont le droit de reprendre du chef de leur débiteur une instance interrompue par suite des décès, démission, interdiction et destitution de son avoué.

Une difficulté se présente à propos de l'action en interdiction relativement aux personnes qui ont qualité pour reprendre une instance. On sait qu'aux termes de l'article 490 du Code civil « tout parent est

recevable à provoquer l'interdiction de son parent, il en est de même de l'un des époux à l'égard de l'autre. » Supposons qu'une instance en interdiction ait été introduite par une des personnes qualifiées et qu'au cours de l'instance cette personne vienne à mourir, les autres parents qui auraient pu de leur côté poursuivre l'interdiction seront-ils forcés pour parvenir à ce résultat d'introduire une nouvelle instance ou pourront-ils appliquer à cette hypothèse les règles relatives à l'interruption et à la reprise d'instance ? De nombreux auteurs, parmi lesquels il faut mentionner MM. Garsonnet (1), Rousseau et Laisney (2), s'arrêtent à cette dernière opinion. Nous croyons que telle est aussi la solution qu'on doit admettre. En effet l'article 490 du Code civil accorde à tout parent le droit de provoquer l'interdiction d'un membre de la famille ; la raison d'une telle disposition nous est donnée par l'orateur du Tribunal : « Il est juste de donner aux membres d'une famille « le moyen de conserver la fortune et la vie à celui « d'entre eux qui par sa désorganisation morale et « physique est menacé de perdre l'une et l'autre. Ils « ont un intérêt direct et personnel à cette conser- « vation et de plus une solidarité d'honneur et d'affection qui doit leur mériter toute confiance. » Nous

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. III, p. 895.

2. Rousseau et Laisney, *op. cit.*, v^o *Reprise d'instance*, n^o 54.

voyons, d'après les paroles de l'orateur du Tribunal, que l'action dont nous nous occupons est une action qui appartient concurremment à tous les membres d'une même famille, qui leur est solidaire. Le parent qui l'a intentée est censé représenter tous les autres parents, avoir agi au nom de tous, et l'on ne voit pas pour quelle raison, s'il vient à décéder, un de ses co-ayants droit serait obligé d'introduire une instance nouvelle au lieu d'utiliser la procédure déjà faite. Une telle solution ne présenterait que des inconvénients ; elle serait une source de retards aussi préjudiciables aux intérêts personnels de l'incapable lui-même qu'à ceux de sa famille ; elle entraînerait en outre des frais importants et frustratoires.

De caractère d'ordre public que revêt cette action on peut également tirer un argument en faveur de notre solution ; le caractère d'ordre public a pour résultat que le demandeur ne peut plus éteindre l'action en interdiction à partir du moment où elle a été intentée. On peut en tirer les deux conséquences suivantes dont l'application a été faite par la jurisprudence : 1^o que le désistement du demandeur n'empêche pas les tribunaux de faire la vérification qui leur a été soumise (Nancy, 15 juin 1865) (1) ; 2^o que la poursuite peut être reprise par le demandeur en

1. D. P., 1866.2.142.

interdiction, nonobstant son désistement (Lyon, 14 juillet 1853) (1).

A notre avis il nous paraît difficile de faire produire au décès du demandeur un effet plus puissant que son désistement et nous n'hésitons pas à reconnaître le droit aux personnes désignées par l'article 490 du Code civil de reprendre une instance interrompue dans ces conditions.

Cette solution est adoptée par la jurisprudence. Elle a été consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 8 juin 1847 (2). Notons également l'application qu'en a faite la Cour de Caen dans son arrêt du 31 juillet 1898 : dans cet arrêt, la Cour de Caen, aux arguments qui viennent d'être donnés, ajoute le suivant : « Qu'il en est des parents par rapport à
« celui dont l'interdiction est demandée, comme des
« créanciers par rapport à une saisie immobilière
« dirigée par l'un d'entre eux contre le débiteur com-
« mun et que de même que si cette saisie immobi-
« lière vient à être abandonnée par celui qui la
« poursuit, les articles 702 et 721 du Code de procé-
« dure civile autorisent les autres créanciers à la
« continuer, de même aussi les parents et l'époux
« ont droit et qualité pour poursuivre une instance
« interrompue par le décès du demandeur. » Dans

1. D. P., 1854.2.33.

2. D. P., 48.1.77.

cet arrêt la Cour de Caen se sert d'un argument d'analogie puisé dans les articles 702 et 721 du Code de procédure civile. La différence entre la matière de la saisie immobilière et celle de l'interdiction rend peut-être l'analogie un peu forcée; il nous semble, quant à nous, difficile d'admettre que les articles 702 et 721 du Code de procédure civile posent une règle qui serait applicable par esprit d'analogie à l'interdiction.

Tout ce que nous pouvons reconnaître c'est que nous nous trouvons en présence de deux applications différentes faites l'une par la loi elle-même relativement à la saisie immobilière, l'autre par la doctrine et la jurisprudence relativement au principe supérieur qui peut être formulé ainsi : « Lorsqu'une action appartient concurremment à plusieurs personnes et que l'une d'elles est morte ou l'a abandonnée, les autres ayants droit peuvent reprendre l'instance interrompue, ou abandonnée, au lieu d'en introduire une nouvelle. »

Une femme peut aussi reprendre une instance interrompue par suite du décès de son mari, mais à la condition toutefois d'accepter la communauté et après avoir manifesté son intention de prendre part à l'instance engagée avec lui. Dans ces conditions elle est censée y avoir été partie et représentée, sinon l'instance terminée avec les héritiers du mari l'aura été valablement et la veuve ne pourra opposer aucune

nullité. Jugé en ce sens qu'une femme qui n'a pas fait connaître son existence et sa qualité et qui n'a pas été mise en cause est censée n'avoir jamais été partie à l'instance et n'est pas recevable à reprendre plus tard cette instance pour en obtenir la péremption par rapport à elle (1).

De même les enfants d'une femme mariée sous le régime de la communauté sont autorisés à reprendre à la suite du décès de leur mère une instance qui n'aurait même pour objet que la revendication ou la restitution de fruits d'immeubles appartenant au mari dès avant son mariage. L'intérêt que leur mère avait dans la communauté est suffisant pour qu'elle soit censée avoir été partie à l'instance et la présence au procès de leur père n'empêche pas les enfants de reprendre l'instance.

Avant de terminer sur ce sujet il nous faut mentionner l'application à notre matière d'une règle relative au mandat. En effet l'article 2008 du Code civil déclare que « si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide. »

Supposons qu'un avoué reprenne au nom d'une partie décédée une instance précédemment interrompue, nous devons conclure en vertu de l'article 2008

1. Paris, 30 janvier 1843, D. A., v^o *Contrat de mariage*, n^o 1141.

du Code civil que cette reprise devra être considérée comme valable si cet avoué a agi de bonne foi et surtout si la partie assignée en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué a elle-même continué à procéder sur l'assignation en reprise ou fait constitution de nouvel avoué (Nîmes, 5 janvier 1825) (1). Telles sont les personnes qui ont qualité pour reprendre une instance interrompue. Nous allons ensuite examiner dans une deuxième section quelles sont celles contre lesquelles une instance peut être reprise.

SECTION II

Contre qui une instance peut être reprise.

On peut dire d'une façon générale que les personnes contre lesquelles l'instance peut être reprise sont les mêmes que celles qui avaient qualité pour la reprendre. Il serait en effet injuste que par suite du mauvais vouloir des héritiers du défunt le droit de leurs adversaires se trouvât paralysé ; c'est ce que l'on évite en autorisant ces derniers à obtenir du tribunal que l'instance soit tenue pour reprise malgré le silence de ceux qui, ayant qualité pour le faire, s'abstiennent d'agir. Quand nous disons que l'instance

1. D. A., v^o *Péremption*, n^o 129, 2^o.

peut être reprise contre les personnes qui ayant le droit de reprendre l'instance ne le font pas, nous n'entendons poser ici qu'un principe. Toute règle est en effet le plus souvent soumise à un nombre plus ou moins grand d'exceptions, c'est ce qui se passe en notre matière; il existe une catégorie de personnes qui peuvent reprendre l'instance et contre lesquelles l'instance ne peut pas être reprise; ce sont celles qui agissent en vertu de l'action de l'article 1166 du Code civil, c'est-à-dire les créanciers de la partie qui n'a plus d'avoué et ceux des successeurs de la partie décédée. En leur accordant le droit d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, en particulier de reprendre une instance interrompue, l'article 1166 n'a pas entendu leur imposer un devoir obligatoire mais leur accorder une simple faculté dont ils ne sauraient par conséquent être forcés d'user.

Au cas de legs universel pour savoir qui l'on devra mettre en cause, il faut distinguer deux périodes, suivant que l'on se trouve avant ou après la délivrance du legs. Dans la première période l'assignation devra être dirigée contre l'héritier qui seul pourra être mis en cause. Si au contraire la délivrance du legs a déjà été faite, il faudra reprendre l'instance, au cas de legs universel, contre le légataire universel et contre l'héritier également, s'il existe un héritier réservataire. Ce dernier reste en effet saisi de la portion indisponible de la succession vis-à-vis des créanciers

héréditaires et est seul tenu de toutes les dettes, sauf son recours contre le légataire universel.

Si vis-à-vis du légataire universel il n'y avait pas d'héritier réservataire, l'instance pourrait être reprise seulement contre le légataire. Au cas de legs particulier, pour que l'instance interrompue puisse être reprise contre le légataire, il faut que le procès soit relatif à l'objet légué.

Il est bien évident que la personne assignée en reprise d'instance doit être l'ayant droit d'une des parties en cause et qu'il ne peut être question d'une reprise d'instance dirigée contre une personne qui ne serait pas le successeur du plaideur décédé. Ceci à notre avis ne fait aucune difficulté et nous aurions négligé d'en parler si cette question n'avait jamais été soumise aux tribunaux. Notons donc, sans insister davantage sur ce point, l'arrêt de rejet de la Cour de cassation du 12 décembre 1860 qui a décidé que l'action en partage formée par un héritier contre ses cohéritiers ne peut, lorsque ces derniers sont décédés en cours d'instance, être reprise contre les tiers détenteurs des biens de la succession.

Nous sommes amené, à propos de la question de savoir contre qui une instance peut être reprise, à examiner un de ses principaux caractères, sa divisibilité. Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord pour déclarer qu'une instance n'est pas indivisible de sa nature. Il pourra se faire qu'une procédure

interrompue par suite du décès d'un des plaideurs le soit à l'égard des co-ayants droit de la personne décédée au cas où l'objet de la demande originale serait indivisible, mais il faudrait se garder d'attribuer ce résultat à la reprise d'instance elle-même.

Rien en effet dans l'esprit de la loi ne permet d'attribuer à la reprise d'instance le caractère d'indivisibilité. Le législateur, ainsi que nous l'avons dit plus haut, a eu pour but en édictant l'article 344 du Code de procédure civile seulement les héritiers de la personne décédée ; les intérêts des autres parties en cause ne sont nullement menacés, et c'est à tort qu'on leur étendrait la même protection qu'aux héritiers eux-mêmes. En outre, si d'un côté il a pu y avoir avantage à faire une seule et même procédure pour éviter une contrariété de jugements, il pourrait d'un autre côté y avoir un inconvénient à faire subir aux autres parties des retards indéfinis. La jurisprudence a fait de nombreuses applications de cette doctrine, il nous faut notamment citer l'arrêt de la Cour de Metz du 6 juin 1866 (1).

Cet arrêt décide que le décès d'un des cohéritiers en instance n'empêche pas l'affaire d'être en état entre les cohéritiers et leur adversaire. Le jugement peut être rendu valablement à l'égard de ces derniers même s'il n'y a pas eu de reprise d'instance vis-à-vis du décédé.

1. D. P., 66.2.133.

L'application de cette théorie a également conduit la Cour de Bordeaux à décider dans son arrêt du 13 mars 1833 (1) que si parmi les cohéritiers il s'en trouve un qui soit majeur et un autre qui soit mineur l'instance peut être valablement tenue pour reprise à l'égard du majeur, bien que la nullité soit encourue à l'égard du mineur par suite de l'inobservation d'une des formes prescrites dans l'intérêt de ce dernier. La divisibilité de l'instance empêche ici l'application de la règle « le mineur relève le majeur ».

Citons enfin l'arrêt de la Cour de Liège du 16 novembre 1883 (2) déclarant que l'instance au cas de décès d'une personne appelée en garantie n'est pas interrompue à l'égard des autres parties au procès.

Nous sommes amené à parler maintenant d'une situation qui présente avec la précédente beaucoup d'analogie et qui consiste à savoir si en cas de décès d'une des parties l'instance doit être reprise simultanément contre tous les héritiers ? Sous l'empire d'une jurisprudence ancienne, la Cour de Besançon avait décidé le 29 mai 1828, que l'instance devrait être reprise à la fois contre tous les héritiers de la personne décédée. Selon elle la réunion de tous les héritiers du défunt, peut seule représenter la personne du défunt ; si l'on n'assignait que quelques-

1. [D. A., § Repr., § d'inst., n° 70, note 1.

2. D. P., 85.2.53.

uns d'entre eux, ce ne serait pas remettre en instance cette personne morale qui représente le défunt, et ce ne serait pas non plus reprendre l'instance contre les mêmes personnes. Cette théorie ne nous semble pas devoir être admise. La doctrine précitée conduit à prétendre qu'une action elle-même n'est pas plus divisible à l'égard des héritiers qu'elle ne l'était à l'égard de leur auteur, ce qui est loin d'être conforme aux principes régissant la matière des successions. Une telle opinion n'intéresse en rien les cohéritiers ; tout ce qu'un cohéritier peut en effet exiger, c'est de ne pas être assigné au delà de sa portion virile ; pourvu que cette règle ne soit pas violée, nous ne voyons pas de quoi il pourrait se plaindre ; on a prétendu qu'une telle doctrine l'empêche de bénéficier d'exceptions que ses cohéritiers auraient pu faire valoir. Nous ne voyons pas bien de quelles exceptions il est ici question, car de deux choses l'une : ou ces exceptions sont communes à tous les cohéritiers, ou elles sont personnelles à l'un d'eux ; dans le premier cas rien n'empêchait le cohéritier que l'on prétend lésé de faire valoir lui-même ces exceptions ; dans le second cas il n'aurait point profité d'exceptions qui étaient personnelles à un de ses cohéritiers.

Notons avant de terminer sur ce chapitre qu'il existe un cas dans lequel une instance ne peut être reprise contre les héritiers de la partie décédée, c'est

celui d'une action qui ne se transmet pas contre eux. On peut en donner comme exemple l'hypothèse de l'article 957, alinéa 2, du Code civil. Cet article qui s'occupe de la révocation des donations pour cause d'ingratitude nous dit que « cette révocation ne
« pourra être demandée par le donateur contre les
« héritiers du donataire, ni par les héritiers du dona-
« teur contre le donataire, à moins que, dans ce
« dernier cas, l'action n'ait été intentée par le dona-
« teur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit. » Cet article nous apprend qu'une instance en révocation ne peut pas plus être reprise contre les héritiers du donataire qu'introduite contre eux, vu que l'exception apportée par l'article 957 *in fine* du Code civil ne vise que l'hypothèse du décès du donateur.

Cependant si à l'époque du décès du donataire l'affaire se trouve être déjà en état, rien ne s'opposerait à ce que le jugement soit rendu contre ses héritiers ; l'instance ne se trouverait pas interrompue par suite du décès du donataire et la donation pourrait être révoquée pour cause d'ingratitude.

Nous avons terminé l'étude des personnes qui ont qualité pour reprendre une instance et de celles contre qui elle peut être reprise ; nous allons examiner maintenant, dans un troisième chapitre, la procédure et le jugement d'une reprise d'instance.

CHAPITRE III

Procédure et jugement

SECTION I

Procédure.

Une instance interrompue par l'un des événements prévus par le Code de procédure ne saurait rester indéfiniment dans cet état. Les héritiers de la personne décédée, la partie elle-même, dans le cas des décès, démissions, interdictions ou destitutions de son avoué, doivent reprendre spontanément l'instance. Si pour gagner du temps ou pour tout autre motif ils venaient à manquer à cette obligation, le législateur n'a pas voulu que leur mauvais vouloir laisse en suspens les droits de leur adversaire : aussi a-t-il autorisé ce dernier à les assigner devant le tribunal où l'affaire est pendante soit en reprise d'instance, soit en constitution de nouvel avoué. Nous nous trouvons donc en présence de deux sortes de reprises d'instance que l'on peut qualifier l'une de volontaire, l'autre de forcée.

La première ressemble beaucoup à une simple for-

malité et ne retiendra pas longtemps notre attention; elle est régie par l'article 347 du Code de procédure civile : « L'instance sera reprise par acte d'avoué à avoué. » Or que faut-il entendre par acte d'avoué à avoué? Il est évident que dans l'hypothèse spéciale d'une interruption ayant sa source dans la personne de l'avoué, l'acte d'avoué à avoué sera une constitution d'un nouvel avoué dans lequel cet officier ministériel déclarera qu'il a pouvoir d'occuper pour la personne dont le représentant légal est décédé ou a cessé ses fonctions. Mais dans le cas d'interruption par suite du décès de la partie, quel est l'acte d'avoué à avoué dont la loi a voulu parler? Faudra-t-il un acte spécial, des conclusions par exemple, déclarant l'intention des ayants cause de reprendre l'instance, ou le premier acte de procédure notifié par l'avoué de la personne décédée, qui a continué d'occuper en vertu de pouvoirs ou au nom des héritiers, sera-t-il suffisant?

Nous partageons cette dernière solution. Telle était l'opinion admise par les auteurs qui ont écrit sur l'article 2 du titre 26 de l'ordonnance de 1667, notamment de Jousse, l'excellent commentateur de cette ordonnance. Selon nous, l'article 347 du Code de procédure civile n'exige pas forcément l'intervention d'un acte déclarant l'intention de reprendre l'instance. Comme le dit fort justement M. Chauveau (1), une significa-

1. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1288.

tion quelconque, un acte d'instruction, une sommation doivent avoir le même effet parce qu'ils pré-supposent un consentement tacite, un acquiescement de la reprise et que l'exécution d'une chose doit valoir autant que la simple déclaration de l'intention de l'exécuter. Ajoutons que cette doctrine est partagée par la Cour de cassation qui, dans son arrêt de rejet du 18 février 1880 (1), fait résulter la reprise d'instance de cela seul que l'héritier a constitué avoué et procédé ensuite selon les derniers errements de la procédure sans avoir formellement déclaré qu'il entendait reprendre l'instance.

La procédure de la reprise d'instance forcée mérite de retenir davantage notre attention. Si on en recherche la nature il est bien évident qu'elle ne saurait être considérée comme une action principale; elle n'est en effet que la poursuite d'une action précédemment introduite et n'est en aucune façon introductive d'instance: elle constitue bien un événement qui surgit dans la marche régulière d'une instance, ce qui est le signe caractéristique de l'incident. De ce que la reprise d'instance est une action incidente, on peut en tirer les trois conséquences suivantes: 1° elle est dispensée des formalités prescrites pour les exploits introductifs d'instance notamment du préliminaire de conciliation; les articles 346 et suivants

du Code de procédure civile nous indiquent les règles auxquelles il faut se conformer; 2° les personnes qui n'ont pas figuré dans l'instance originaire ne sauraient y être mises en cause; 3° au point de vue de la capacité, une autorisation nouvelle n'est pas nécessaire pour assigner en reprise d'instance et la personne habilitée lors de la demande originaire l'est également pour l'incident. Tel est l'avis de MM. Duranton, Aubry et Rau et Demolombe (1).

Cette opinion n'est cependant pas admise par tous les auteurs et si la Cour de Metz y a adhéré dans son arrêt du 26 prairial an XIII (D. A., v° *Minorité*, n° 525), il faut cependant mentionner la décision du bureau d'assistance judiciaire près la Cour de Bordeaux qui a décidé le 1^{er} décembre 1881 (2) que l'assistance accordée à un commerçant failli ne profite pas au syndic qui reprend l'instance en son lieu et place (3).

Cette décision du bureau d'assistance judiciaire près la Cour de Bordeaux n'est pas sans soulever maintes objections, et en tous cas elle ne nous semble pas devoir être admise sans de nombreuses restrictions. Il est vrai que l'assistance judiciaire constitue une faveur personnelle à l'assisté, mais faut-il en conclure pour cela, comme l'a fait le bureau d'assis-

1. Duranton, *op. cit.*, t. III, n° 583. — Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 720. — Demolombe, *op. cit.*, t. VII, n° 172.

2. D. P. 82.3.72.

3. Fuzier-Herman, *Rép. du Dr. français*, n° 198.

tance de Bordeaux dans sa décision précitée, qu'elle ne doit pas être étendue au syndic qui reprend l'instance aux lieu et place de l'assisté failli ? Les tribunaux n'ont pas eu à se prononcer et nous n'avons à notre connaissance que la décision de Bordeaux. Voici les raisons qui nous font douter de la justesse d'une telle solution au moins dans toute son étendue : Le bureau d'assistance judiciaire près la Cour de Bordeaux se base notamment pour motiver sa décision sur la considération suivante : le syndic, lorsqu'il poursuit le recouvrement de l'actif, représente surtout les créanciers ; il n'y a donc pas lieu d'étendre à ce syndic représentant la masse le bénéfice de l'assistance. Cette conclusion serait peut-être exacte si le syndic représentait uniquement les créanciers ; mais il n'en est pas ainsi ; il représente également le failli ; en effet indépendamment des cas particuliers où il s'agit de droits personnels au failli dans lesquels ce dernier conserve le droit d'ester en justice soit en demandant, soit en défendant et où, sans aucun doute, le bénéfice de l'assistance judiciaire ne saurait lui être enlevé, il est bien évident que le syndic est substitué au failli pour l'exercice de ses actions actives et passives et peut exclusivement les exercer.

Si le syndic représente alors le failli, pourquoi ne pas lui étendre le bénéfice de l'assistance judiciaire, pourquoi faire une telle différence entre le représentant et le représenté ? Pourquoi accorder au failli la

continuation de l'assistance dans les cas où il peut plaider en personne et la lui retirer dans les cas où le ministère du syndic est obligatoire ? C'est cependant la même personne qui plaide et dans le même procès.

Il existe même certaines actions où le failli seul est représenté par le syndic. Supposons une action dirigée contre le failli relativement à une dette contractée postérieurement à la cessation des paiements. Cet engagement est sans effet vis-à-vis de la masse des créanciers et n'est opposable qu'au failli. Ces actions doivent être dirigées suivant la jurisprudence dominante aujourd'hui (1) contre le syndic ; faudrait-il dire, appliquant jusqu'au bout la théorie, que le bénéfice de l'assistance judiciaire ne doit pas être accordé au syndic reprenant l'instance. Nous savons bien que l'on va nous objecter que le bureau d'assistance judiciaire n'a eu à se prononcer que sur des instances commencées avant la cessation des paiements et que nous outrepassons sa théorie en l'étendant aux obligations contractées après la cessation des paiements ; mais il ne nous paraît pas impossible de trouver des situations où le failli se trouve seul représenté et où l'objection précédente ne s'appliquerait pas. Nous entendons parler de l'action en révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfant

1. Rouen, 19 mai 1845, D. P., 45, 4. 266.

ou d'inexécution des conditions. Si l'on suppose une telle action introduite par le failli donateur et reprise ensuite en son nom par le syndic comme cela est possible, il est bien évident que le syndic dans ce cas spécial représente le failli et non les créanciers et qu'il nous paraît impossible de ne pas étendre ici au syndic le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Telles sont les principales considérations que suggère la décision du bureau d'assistance judiciaire près la Cour de Bordeaux et qui nous permettent de conclure qu'il y aurait danger à trop généraliser sa solution.

L'article 346 du Code de procédure civile nous indique comment s'entame une procédure en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué : c'est au moyen d'une assignation. « L'assignation en reprise ou en constitution sera donnée aux délais fixés au titre des ajournements avec indication des noms des avoués qui occupaient et du rapporteur s'il y en a. » Cet article indique-t-il tout ce que doit contenir cette assignation ? Cette question, résolue aujourd'hui dans le sens affirmatif, avait fait tout d'abord difficulté et avait donné naissance à deux solutions. La première partagée par MM. Berriat Saint-Prix (1) et Demiau (2) enseigne que l'assignation doit contenir,

1. Berriat Saint-Prix, *op. cit.*, p. 348, note 38.

2. Demiau, *op. cit.*, p. 360.

indépendamment de l'indication du nom des avoués et du rapporteur, la copie des pièces de la procédure. La seconde solution émise par les auteurs du *Praticien français* est une répétition de ce qui était admis par Jousse sous l'empire de l'ordonnance de 1667. Selon ces auteurs il suffirait de donner seulement copie dans l'assignation du dernier acte de la procédure. Mentionnons également l'opinion de M. Carré, question 1286, qui demande de même que le dernier acte de la procédure soit relaté. Toutes ces solutions ne nous semblent pas devoir être admises et peuvent être réfutées au moyen des mêmes arguments. Tout d'abord il n'y aurait pas de sanction à l'omission d'une de ces mentions, car, comme M. Carré le reconnaît lui-même, on ne peut prononcer la nullité de ce que l'article 346 ne prescrit point. De plus ces formalités nous semblent inutiles et être une source de frais et de lenteur. Si l'on admet en effet, comme le font MM. Berriat Saint-Prix et Demiau, qu'il faille donner copie de toutes les pièces de la procédure, il pourra se faire qu'on se trouve en présence d'une procédure déjà volumineuse qu'il est inutile de porter de nouveau à la connaissance de l'adversaire; il suffit en effet à ce dernier, suffisamment édifié sur l'instance reprise par l'indication des noms des avoués qui occupaient et du rapporteur, de se procurer par le vu des pièces les renseignements qui lui feraient défaut.

Enfin nous trouvons dans les travaux préparatoires un argument à l'appui de notre dire. Le projet voulait en effet que l'assignation contienne sommairement l'état de la procédure, mais cette disposition a été supprimée sur l'observation faite par le Tribunal « que l'on abuserait de la disposition pour augmenter les écritures (1). » La jurisprudence est conforme à cette doctrine. Voyez en ce sens Bordeaux, 7 janvier 1840, et Paris, 13 janvier 1883 (2). Il faut également dire pour la même raison qu'il n'est pas non plus nécessaire de donner dans l'assignation en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué l'exposé des moyens de la demande.

Bien que l'article 346 du Code de procédure civile dise que l'assignation doit contenir les noms des avoués en cause, il nous semble qu'il suffit d'indiquer le nom de l'avoué de la partie assignée en reprise d'instance. Ceci nous paraît être conforme à l'esprit de la loi qui a voulu qu'il ne puisse y avoir de doute sur l'instance reprise.

Les mentions prescrites par l'article qui nous occupe ici comme devant être insérées dans l'assignation ne revêtent nullement à notre avis le caractère obligatoire ; elles n'ont rien de substantiel et leur omission dans l'assignation ne saurait entraîner de

1. Locré, tome 21, p. 487.

2. D. A., v° *Repr. d'inst.*, n° 77 (4) et D. P., 83. 2. 98.

nullité, pourvu toutefois que la partie assignée soit suffisamment instruite de quelle instance il s'agit. Le législateur à notre avis a eu uniquement ce but en vue en exigeant cette mention mais nous ne croyons pas qu'il ait entendu proscrire tout autre moyen d'identification.

Bien que la loi ne le dise pas, nous estimons que l'énoncé de l'objet de l'assignation est requis à peine de nullité. Tel est l'avis de M. Garsonnet (1) : « J'ajoute ici, écrit-il, à l'article 346, mais il est évident que l'assignation en reprise d'instance ne peut, pas plus qu'une autre, se passer de quelques indications essentielles : encore faut-il que celui qui la reçoit puisse en la lisant comprendre ce qu'on lui veut. »

L'assignation qui ne contiendrait pas les énonciations suffisantes pour que l'assigné puisse connaître le procès par l'examen des pièces serait entachée de nullité. Faisons remarquer toutefois qu'il s'agit ici d'une nullité toute relative, susceptible d'être ratifiée par la personne au profit de laquelle elle pourrait être prononcée. Cette ratification pourra même être tacite ainsi qu'il résulte d'un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 janvier 1840 : cet arrêt décide que la nullité d'un exploit ne contenant pas ces indications sera couverte par la comparution volon-

1. Garsonnet, *op. cit.*, t. III, par. 896.

taire et sans réserve de la partie devant les juges commis pour procéder à son interrogatoire.

A quel domicile une assignation en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué doit-elle être donnée ?

Lorsqu'il s'agit d'une reprise d'instance la personne assignée est celle de l'héritier du défunt et cette assignation constitue le premier exploit qu'on lui adresse ; c'est pour ainsi dire à son égard un commencement d'instance : l'exploit d'ajournement doit donc être délivré à son domicile actuel si ce domicile est connu, sinon il faudra se conformer au paragraphe 8 de l'article 69 du Code de procédure civile.

Pour l'assignation en constitution de nouvel avoué il faut distinguer si la personne assignée a fait ou non à son adversaire une notification indiquant un changement de domicile. Dans le premier cas il est bien évident que l'assignation peut être donnée au domicile actuel seul ; dans le second cas l'assignation peut être à notre avis valablement donnée au domicile indiqué dans les derniers actes de la procédure et les délais de l'ajournement sont ceux que ce domicile comporte. Il est en effet de jurisprudence constante en matière de significations faites en cours d'instance que tout exploit pourra être valablement signifié à l'ancien domicile aussi longtemps qu'une notification légale du changement intervenu n'aura pas été faite. Cette solution est basée sur un principe

d'équité : une partie a très bien pu ignorer le changement de domicile de son adversaire et on ne saurait la rendre responsable d'avoir adressé son exploit à un domicile autre que celui ordonné par la loi si la négligence ou le silence de son adversaire ne l'ont pas mis à même de s'y conformer. En un mot il y a en sa faveur une présomption qu'aucune mutation n'a eu lieu. Il existe même une décision judiciaire déclarant qu'une assignation était valablement faite à un domicile indiqué par une personne dans plusieurs actes judiciaires même si elle avait résidé ailleurs ; c'est bien là un argument *à fortiori* en faveur de notre opinion. En effet si la jurisprudence en est arrivée à donner une telle solution pour un acte qui entame le procès, à plus forte raison en serait-il de même pour un acte qui, comme l'assignation en constitution, ne fait qu'en poursuivre la continuation.

Faisons remarquer cependant que si le changement de domicile est parvenu d'une manière ou d'une autre à la connaissance de l'auteur de l'assignation, il devra conformer sa conduite à cette connaissance. Ce n'est en effet que par un motif de pure équité que la jurisprudence a reconnu valable une signification faite à un domicile autre que celui indiqué par la loi, mais dès que le motif qui a dicté cette solution vient à disparaître, dès que le changement de domicile est parvenu à la connaissance de celui qui assigne, que ce soit par une notification légale ou

par tout autre moyen, il n'y a plus lieu d'appliquer une règle qui viole le Code, et l'auteur de l'assignation ne doit pas en laisser copie à l'ancien domicile de son adversaire : il cherchera le nouveau domicile et s'il ne le trouve pas il se conformera au paragraphe 8 de l'article 69.

L'article 346, au début, nous indique le délai de l'assignation : « L'assignation en reprise sera donnée aux délais fixés au titre des ajournements. » Nous nous trouverons donc le plus souvent en présence d'un délai de huitaine. Cependant à notre avis ce délai pourra être réduit à trois jours francs en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal.

L'article 346 renvoie d'une façon générale aux délais fixés au titre des ajournements, c'est-à-dire aux prescriptions de l'article 72 du Code de procédure civile qui indépendamment du délai habituel de huitaine établit un deuxième délai qu'il qualifie de « bref délai ». Nous devons donc conclure de la généralité des termes du renvoi fait par l'article 346 que ce deuxième délai est aussi applicable aux assignations en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué dans les hypothèses prévues par l'article 72 du Code de procédure civile, c'est-à-dire dans les cas requérant célérité.

Nous devons maintenant dire un mot de la compétence. Ceci ne fait pas difficulté et tous les auteurs

et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que l'assignation en reprise d'instance doit être donnée au tribunal devant lequel l'instance originaire avait été introduite : si on se trouve en présence d'un tribunal composé de plusieurs chambres, c'est devant la chambre qui avait précédemment connu de l'affaire que l'assignation doit être donnée. Une assignation donnée devant un autre tribunal ou devant une autre chambre d'un même tribunal serait entachée de nullité ; il en serait de même du jugement par défaut qui aurait pu être rendu. Cette théorie a été appliquée par le tribunal de la Seine dans son jugement du 16 juillet 1835 (1), et par la Cour de Lyon dans son arrêt du 22 juillet 1833 (2).

Malgré sa grande simplicité, l'application de cette règle a présenté quelques difficultés dans l'espèce suivante, qui nous est rapportée par M. Carré (3). Des plaideurs avaient nommé des arbitres pour trancher un différend qui aurait été de la compétence du tribunal de Rocroy dans le cas où ces plaideurs auraient préféré s'en rapporter à justice. Les arbitres nommés étaient domiciliés dans le ressort du tribunal de Charleville ; ils prescrivirent une expertise et renvoyèrent les parties devant le tribunal

1. *Journal des avoués*, t. 49, p. 431.

2. *Journal de Lyon*, 1834, p. 17.

3. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, t. III, quest. 1286 *ter*.

de Charleville pour faire nommer les experts en cas de désaccord. Sur ces entrefaites l'une des parties vint à décéder et longtemps après les héritiers furent assignés en reprise d'instance et en nomination d'experts devant le tribunal de Rocroy au lieu du tribunal de Charleville désigné par les arbitres.

A notre avis ce dernier tribunal aurait dû être seul compétent, car aux termes des articles 1020 et 1021 du Code de procédure civile, c'est le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel le jugement arbitral a été rendu qui doit délivrer l'ordonnance en vertu de laquelle ce jugement recevra force exécutoire et la connaissance du jugement appartient au tribunal qui a rendu l'ordonnance. On peut en induire que les instances pendantes devant les arbitres sont censées être pendantes devant le tribunal dans le ressort duquel ces arbitres sont domiciliés. Conformément à ce que nous venons de dire, les héritiers de la partie décédée soulevèrent l'exception et réclamèrent en vertu de la sentence arbitrale rendue leur renvoi devant le tribunal de Charleville. Leur exception fut repoussée en première instance. Appel ayant été interjeté, un arrêt de la Cour de Metz du 3 décembre 1819 confirma cette décision sur les motifs suivants que nous trouvons rapportés par M. Carré : « La Cour considéra que cette règle des articles 1020 et 1021 du Code de procédure civile n'était pas contenue dans la loi du

24 août 1790 sous l'empire de laquelle le compromis avait été passé, que les arbitres ne pouvaient attribuer juridiction à un tribunal qui n'en avait pas reçu de la loi, qu'enfin la reprise d'instance était une action nouvelle qui devait être portée devant les juges naturels. » Peut-être, comme le fait remarquer M. Carré, et nous sommes de cet avis, aurait-il été préférable de dire qu'il n'y avait pas ici à proprement parler de reprise d'instance puisqu'il n'y avait jamais eu d'instance liée.

La partie à laquelle a été délivrée l'assignation en reprise d'instance doit constituer avoué. Cette constitution est faite dans la même forme que celle faite sur une demande originaire.

Si la partie assignée consent à reprendre l'instance, elle doit le déclarer par simple acte d'avoué à avoué ; cette déclaration suffit et le jugement qui serait intervenu à tort pour constater la reprise d'instance n'entrerait pas en taxe étant frustratoire.

Nous venons d'envisager le cas où la partie assignée en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué consentait à reprendre l'instance ; il n'en est pas toujours ainsi. Il peut se faire pour un motif ou pour un autre que cette partie conteste le bien-fondé de cette assignation, ce qui créera une difficulté que le tribunal aura à juger. Mais avant d'entrer dans les détails de cet incident, il nous faut trancher une question primordiale : c'est celle de

savoir si une demande en constitution de nouvel avoué peut être contestée ?

Ce qui fait douter qu'une telle demande puisse être contestée, c'est d'abord le silence de l'article 348 du Code de procédure civile, et ensuite c'est que l'on ne voit pas bien pour quels motifs il en serait ainsi. M. Pigeau, dont nous partageons l'opinion, résout la question par l'affirmative. Cependant nous devons reconnaître que l'exemple donné par cet auteur est loin d'être probant. Envisageons le cas cité par M. Pigeau, celui où la cause serait éteinte par la prescription : à notre avis dans cette hypothèse la partie assignée ne saurait être autorisée à contester la demande en constitution. En effet pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que la prescription puisse être opposée de plein droit, ce qui n'a jamais lieu. Elle doit être invoquée par la partie qui l'oppose, ce qui se fait toujours par voie d'exception à l'action dirigée par le demandeur ; il est donc de toute nécessité que la partie qui veut se libérer par ce moyen constitue un avoué qui aura seul qualité pour proposer l'exception en son nom.

Il nous faut en outre remarquer que rien n'autorise la partie assignée à supposer que cette exception ne sera pas elle-même combattue et dans cette hypothèse encore elle serait obligée de se donner le seul représentant que la loi lui reconnaisse, c'est-à-dire de constituer avoué.

L'exemple donné par M. Pigeau ne nous semble donc pas être probant; il y aurait cependant un cas où il serait possible de contester une demande en constitution de nouvel avoué, ce serait celui où des héritiers assignés à cette fin auraient renoncé à la succession.

On voit donc qu'en principe il peut se faire qu'une demande en constitution soit contestée, mais c'est là une hypothèse qui doit être excessivement rare, ce qui explique parfaitement le silence du Code.

Revenons maintenant à la reprise d'instance qui pourra souvent être l'objet d'une contestation. Les motifs les plus fréquemment invoqués seront que l'instance se trouve être éteinte ou que la personne assignée n'a pas qualité pour y défendre. Les héritiers peuvent par exemple contester la demande en reprise d'instance sur le motif qu'ils avaient renoncé à la succession. Dans ce cas un curateur à succession vacante devrait être nommé à la requête du demandeur qui l'assignerait ensuite pour être procédé contre lui.

Parmi les différentes raisons pour lesquelles on peut contester une demande en reprise d'instance, il en est une qui n'a pas été sans soulever de sérieuses difficultés. On s'est demandé en effet si l'exception dilatoire, prévue par les articles 797 et 798 du Code civil et 174 du Code de procédure civile qui accordent aux héritiers un délai pour faire inventaire

et délibérer, pouvait être opposée par ces derniers assignés en reprise d'instance? Un auteur, M. Demiaucrouzilhac soutient qu'une telle exception ne saurait être invoquée et voici les raisons sur lesquelles se base son opinion :

1° La première raison invoquée se trouve dans la partie finale de l'article 349 du Code de procédure civile : « Si, à l'expiration du délai, la partie assignée en reprise ou en constitution ne comparait pas, il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise, et ordonnera qu'il sera procédé suivant les derniers errements, et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir. » Or, d'après M. Demiaucrouzilhac, si la loi exclut tout délai lorsque la partie assignée en reprise ne se présente pas, *a fortiori* doit-il en être de même dans le cas où elle se présenterait. L'article 349 en écartant tout délai ne fait aucune exception ni distinction ; il s'applique donc notamment au délai de trois mois et quarante jours pour faire inventaire et délibérer ; pour qu'il en soit autrement, il aurait fallu une exception spécialement écrite dans la loi et cette exception fait ici totalement défaut.

2° La deuxième raison est tirée de l'article 779 du Code civil.

En effet, suivant cet article, « les actes purement conservatoires de surveillance et d'administration provisoire ne sont pas des actes d'héritier si on n'y

a pas pris le titre ou la qualité d'héritier. » D'après M. Demiaü-Crouzilhac, une partie assignée en reprise d'instance reprenant l'instance sans opposer l'exception dilatoire pour faire inventaire et délibérer accomplirait un acte de cette sorte ; en effet en reprenant l'instance l'héritier n'a eu pour but que d'affranchir la succession d'une condamnation, il se comporte donc en simple administrateur. On ne saurait donc considérer cet habile à succéder comme ayant fait acte d'héritier si toutefois, bien entendu, il n'a pris dans le procès aucune qualité. Ajoutons que cette opinion a été partagée par certaines Cours, notamment par celle de Paris dans son arrêt du 4 août 1825 (Sirey, 26.2.23), et par celle de Bordeaux dans sa décision du 2 décembre 1835 (*Journ. des avoués*, t. 50, p. 89). Ces deux Cours en effet ont décidé qu'une reprise faite volontairement par un habile à succéder ne constituait pas un acte d'héritier pur et simple sauf la restriction finale de l'article 779, et que la partie qui a laissé déclarer reprise contre elle une instance engagée avec son auteur ne saurait pour ce motif être condamnée comme héritière.

Les raisons que M. Demiaü-Crouzilhac nous donne à l'appui de son opinion ne nous paraissent pas être suffisantes pour nous permettre de nous rallier à sa façon de voir.

Tout d'abord l'interprétation qu'il nous donne de

l'article 349 du Code de procédure civile est, à notre avis, erronée et nous tenons pour assuré que le délai pour faire inventaire et délibérer n'est pas visé dans la prohibition de cet article.

Selon nous, en effet, la disposition de l'article 349 doit s'entendre en ce sens que, si, au moment du décès de la partie ou de l'avoué, il restait des délais à courir, la partie condamnée à reprendre l'instance ou à constituer nouvel avoué n'aurait que le restant du délai pour remplir telle ou telle formalité, telle ou telle obligation qui lui serait prescrite. S'il en était autrement on suppléerait aux dispositions de l'article 174 du Code de procédure civile une exception qui n'est point textuellement prononcée par l'article 349 ; car, ainsi que M. Demiau le dit lui-même page 240, « pour faire cesser un principe général il faut qu'il y ait une exception expresse. » Or l'article 174 établit en principe général que tout héritier a droit d'opposer l'exception résultant de ce qu'il est dans les délais pour faire inventaire et délibérer, exception qui, à la vérité, ne détruira pas la demande en reprise d'instance, mais qui en différera les poursuites comme en tout autre cas. Mais cette opinion acquerra un nouveau degré de force si nous prouvons qu'on ne peut appliquer généralement au cas proposé la disposition de l'article 779 du Code civil. Nous rappellerons ici que les personnes auxquelles appartient le droit d'opposer l'exception dilatoire

pour faire inventaire et délibérer ne peuvent user de cette exception s'il s'agit de demandes purement conservatoires ou d'administration parce que les articles 179 et 1454 du Code civil les autorisent à former elles-mêmes de pareilles demandes sans qu'elles puissent être considérées comme ayant fait acte d'héritier. Ainsi par exemple s'il s'agissait dans l'instance en reprise pour laquelle elles seraient assignées soit d'une saisie-arrêt, soit de réparation à faire à des immeubles, etc... on pourrait poursuivre la reprise notwithstanding l'exception dilatoire dont il est question. Mais s'il s'agissait de toute autre contestation, d'une contestation qui roulât sur des droits dont l'allocation faite à la partie adverse augmenterait son passif, il nous semble hors de doute que l'on ne pourrait forcer un successible de reprendre les suites de l'instance avant l'expiration des délais que la loi lui donne pour faire inventaire et délibérer. Il ne s'agit plus ici des actes que la loi qualifie actes conservatoires. Au reste M. Demiau, en disant que l'héritier doit protester en reprenant l'instance qu'il n'agit qu'en qualité d'administrateur, ne convient-il pas implicitement qu'il a droit de proposer l'exception ?

En effet dans le cas où la contestation n'a aucun trait à la conservation ou à l'administration, quel motif raisonnable alléguerait-il pour l'obliger à soutenir un procès qui en définitive lui deviendrait indifférent s'il renonçait à la succession ? Et d'un autre côté

pourrait-on exiger qu'il le soutint en qualité d'administrateur, puisqu'il ne concernerait pas l'administration? De tout ce que nous venons de dire il ne s'ensuit pas néanmoins qu'il soit interdit d'assigner l'héritier en reprise d'instance pendant les délais ; seulement cette assignation n'aura point de suites s'il oppose l'exception ; mais il ne serait pas fondé à se renfermer dans le silence, tout en contestant l'opportunité de l'ajournement. Il doit déclarer s'il entend profiter de l'exception dilatoire et, dans le cas où son refus donnerait lieu à un incident, il doit supporter les frais. C'est ainsi que l'a jugé la Cour de Bruxelles, le 3 décembre 1834 (1).

Si l'assignation en reprise était donnée devant un tribunal de commerce et qu'il y eût contestation sur la qualité de la partie assignée, le tribunal devrait surseoir à statuer sur le fond, jusqu'à ce que les qualités des parties eussent été réglées devant les tribunaux ordinaires.

De ce que l'incident prévu par l'article 348 doit être jugé sommairement, en résulte-t-il que la cause doive être portée à l'audience sur un simple avenir et sans qu'il soit besoin de signifier aucun moyen par écrit? Plusieurs auteurs, dont notamment M. Pigeau (t. 1, p. 614), décident affirmativement cette question. Nous partageons l'opinion adverse. En effet,

1. *Journal de Bruxelles*, t. II, de 1835, p. 112.

il faut bien distinguer, comme l'ont fait remarquer M. Demiaucrouzilnac (p. 297) et M. Berriat Saint-Prix (p. 376), les causes qui sont « instruites » et « jugées » sommairement et celles qui sont jugées sommairement. Ces dernières doivent être jugées avec célérité, sur plaidoiries et sans qu'on puisse ordonner une instruction par écrit. Quant à l'instruction elle doit être faite suivant les règles ordinaires ou suivant les règles spéciales indiquées par la loi, par exemple quand elle limite le nombre des rôles d'une requête. Ce qui prouve la justesse de cette remarque dont on peut faire l'application à plusieurs questions et notamment au cas de demande en renvoi (art. 172), c'est que le tarif passe en taxe des actes écrits dans notre espèce : une requête et une réponse à cette requête. Si on eût voulu les assimiler pour l'instruction aux matières sommaires, on n'eût point autorisé de tels actes puisque dans ces matières on n'admet aucune écriture.

Quand la loi dispose qu'une cause doit être jugée sommairement elle a entendu dire par là qu'elle prescrivait de la promptitude dans la décision ; c'est un avertissement pour le juge. Cette distinction, que la Cour de Grenoble a repoussée par ses arrêts des 20 mai 1817 (*Journal des avoués*, t. IX, p. 256) et 6 mars 1821 (*Journal des avoués*, t. XVI p. 738), a été au contraire sanctionnée par un arrêt solennel de la Cour de Limoges du 9 février 1819 (*Journal des avoués*,

t. IX, p. 270) qui porte le cachet de la plus profonde sagesse et qui peut passer pour un véritable traité sur la matière. Cet arrêt (qui est aussi rapporté en notre *Comm. du tarif*, t. I, p. 406, n° 16) contient la double énumération faite avec beaucoup de soin : 1° des causes qui doivent être instruites et taxées comme matières sommaires, soit d'après l'article 404 du Code de procédure civile soit d'après d'autres textes de lois ; 2° de celles qui, quoique devant être jugées sommairement, ne sont néanmoins sommaires ni quant à l'instruction, ni quant à la taxe.

SECTION II

Jugement.

Nous allons aborder maintenant la dernière partie de notre étude sur les reprises et constitutions de nouvel avoué, celle qui a rapport aux jugements. Et tout d'abord il nous faut retracer l'article 349 du Code de procédure civile qui doit nous servir de point de départ en cette matière : « Si, à l'expiration du délai, la partie assignée en reprise ou en constitution ne comparait pas, il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise et ordonnera qu'il sera procédé suivant les derniers errements, et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir. »

Un point vivement controversé dans la doctrine et la jurisprudence est celui de savoir s'il peut être statué par un seul et même jugement et sur la reprise et sur le fond ou si au contraire il doit y avoir à peine de nullité deux jugements distincts.

Cette difficulté a donné lieu à trois opinions distinctes :

1° Dans un premier système proposé par M. Bonnier (1), il faut distinguer s'il s'agit d'une reprise d'instance ou d'une constitution de nouvel avoué. Dans ce dernier cas seulement les juges peuvent statuer à la fois sur l'incident et sur le fond. « Comme la constitution, dit M. Bonnier, ne peut soulever aucune difficulté sérieuse, on pourrait peut-être joindre l'incident au fond. Un jugement de la première chambre du tribunal de la Seine en date du 6 août 1843 en a décidé ainsi : « Attendu que l'objet principal de la demande était en constitution d'avoué et non en reprise d'instance ; qu'à défaut d'avoué constitué, les juges devaient donner défaut et statuer au fond. »

2° Dans un deuxième système, on est d'avis que dans les deux hypothèses on peut joindre l'incident au fond. Cette opinion est partagée par M. Garsonnet, qui s'exprime en ces termes : « L'article 349 ne prescrit pas formellement de rendre deux jugements

1. Bonnier. *Éléments de proc. civ.*, t. II, n° 1256.

séparés et je ne vois pas d'inconvénient à les réunir en un seul. D'abord c'est le droit commun que le tribunal puisse joindre les incidents au fond et statuer sur le tout par un seul et même jugement. Il a fallu une disposition spéciale pour y soustraire les exceptions déclinatoires. Ensuite la jonction de l'incident et du fond ne présente dans l'espèce aucun danger pour la partie contre laquelle l'instance a été déclarée reprise : ou son avoué a eu la prudence de déposer des conclusions sur le fond, ou bien il n'a pas pris cette précaution. Dans un cas la partie n'a rien à craindre ; dans l'autre elle est jugée par défaut et peut former opposition. La jurisprudence a fait à maintes reprises l'application de cette théorie. Notamment un arrêt de la Cour de Bordeaux du 7 janvier 1843 a décidé que le jugement qui faute de comparution par la partie assignée en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué tient la cause pour reprise peut prononcer en même temps sur le fond.

Citons dans le même sens un arrêt de la Cour de Bastia du 16 janvier 1856 (1). Enfin il faut ajouter un arrêt de la Cour d'Agen du 26 mai 1864 aux termes duquel une procédure en reprise d'instance ne peut être déclarée nulle parce que le jugement par défaut rendu sur l'assignation en reprise d'instance au lieu

1. D. P., 56.2.59 ; Sirey, 1856.2.82.

de tenir la cause pour reprise et d'ordonner qu'il sera procédé suivant les derniers errements statue directement et uniquement sur le fond.

3° Citons une troisième opinion à laquelle nous rallierons et qui a réuni aujourd'hui de nombreux suffrages (1). D'après celle-ci il résulte évidemment de l'article 349 qu'il ne peut être statué par un seul et même jugement et sur la reprise et sur le fond. Cette opinion a été partagée dans la jurisprudence par les Cours de Toulouse, 8 mars 1827 (D. A., v° *Repr. d'inst.*, n° 97.2), Besançon, 30 juin 1854 (D. P., 55.5.387). De plus la Cour de cassation dans son arrêt du 11 juillet 1892 (D. P., 92.1.461), cassant un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 16 avril 1890, a confirmé cette doctrine. Enfin citons un arrêt beaucoup plus récent de la Cour de cassation du 29 mars 1905 suivant lequel un jugement qui sur une assignation en constitution de nouvel avoué déclare l'instance reprise ne peut statuer en même temps sur le fond du droit ; il ne peut y avoir de décision au fond au moins par défaut tant que le jugement sur la reprise d'instance n'aura pas acquis l'autorité de la chose jugée, et cette règle est prescrite à peine de nullité. En conséquence, doit être cassé l'arrêt qui, faute de comparution de la partie assignée en cons-

1. Pigeau, *Comm.*, t. I, p. 613. — Thomine, *Des mesures*, t. I, n° 398. — Chauveau sur Carré, t. II, sur l'art. 349. — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Repr. d'inst.*, n° 88.

titution de nouvel avoué, déclare la cause reprise et statue au fond en déboutant la dite partie d'une première opposition.

Voici les principaux motifs sur lesquels la Cour s'appuie : La Cour ; « Sur le moyen unique du pour-
« voi ; vu l'article 349 du Code de procédure civile ;
« — Attendu que cet article, prévoyant le cas où une
« partie assignée en constitution de nouvel avoué ne
« comparait pas, dispose que le jugement qui sera
« rendu tiendra la cause pour reprise et ordonnera
« qu'il sera procédé suivant les derniers errements ;
« que ces expressions impliquent que le jugement
« dont il s'agit statuera exclusivement sur la reprise
« d'instance, et qu'on ne pourra statuer au fond, du
« moins par défaut, tant qu'il n'aura pas acquis l'autorité de la chose jugée ; que cette interprétation
« se trouve confirmée tout à la fois par l'article 351
« qui consacre le droit d'opposition du défaillant
« et par l'article 350 qui prescrit que le jugement par
« défaut lui sera signifié par un huissier commis ;
« qu'il ne faut donc, en aucun cas, que le droit de
« former opposition soit enlevé au défaillant ; que
« cependant il le serait dans l'espèce si, la partie
« assignée en constitution de nouvel avoué n'ayant
« pas comparu, la Cour d'appel, en même temps
« qu'elle déclarait l'instance reprise, a statué au fond
« en déboutant la dite partie d'une première opposition, rendant ainsi un nouvel arrêt de défaut qui,

« aux termes de l'article 165 du Code de procédure
« civile, n'était pas susceptible d'opposition; — D'où
« il suit qu'en cumulant, comme il vient d'être dit,
« la décision sur la reprise d'instance avec le juge-
« ment du procès au fond, et en renvoyant la dame
« Galle des fins de la plainte dirigée contre elle par
« le demandeur en Cassation, l'arrêt attaqué a violé
« l'article de loi ci-dessus visé (1). »

Lorsque, sur une assignation en reprise d'instance, la partie assignée fait défaut, qu'il intervient un jugement déclarant l'instance reprise et que sur l'opposition formée à ce jugement par le défaillant il est rendu un jugement contradictoire, dans quel délai le demandeur originaire peut-il procéder sur le fond? Peut-il agir immédiatement ou seulement après la signification du jugement, ou bien encore ne le peut-il qu'après l'expiration du délai d'appel? La reprise d'instance est un épisode de l'instance principale qui ne fait pas corps avec elle et il peut très bien arriver que tel qui obtient gain de cause sur l'incident succombe sur le fond et réciproquement. De là il résulte que le jugement qui statue sur l'opposition rentre dans le cas prévu par l'article 147 et qu'il est nécessaire de le signifier à la partie comme à l'avoué. Puisqu'il y a eu contestation, le jugement a perdu son caractère de pure instruction, il a causé un grief à l'une des parties, il est donc susceptible d'appel,

1. D. P., 1905.1.270.

si d'ailleurs il réunit les conditions nécessaires pour être soumis à une juridiction supérieure. D'où la conséquence que les articles 449 et 450 sont ici applicables ; qu'ainsi il ne peut être procédé sur le fond que huitaine après le jour de la prononciation du jugement et que la procédure est arrêtée par la signification de l'appel. Mais comme c'est l'appel interjeté qui est suspensif et non le délai d'appel, la procédure se continuera après la huitaine de la signification tant que l'appel n'aura pas été relevé. Si même la partie qui a succombé participe aux actes d'instruction, elle sera censée avoir acquiescé au jugement et l'appel ne sera plus recevable. Tout en avouant que ces raisons sont précieuses, M. Chauveau les regardait comme insuffisantes pour établir que l'instance, déjà interrompue par l'incident, doive encore rester en suspens après le jugement qui l'a déclarée reprise.

Il y a ici, disait-il, un argument *a fortiori* fourni par une position juridique analogue, le cas où, une exception étant présentée, le tribunal la repousse et ordonne immédiatement de plaider au fond. L'incident relatif à la reprise d'instance est par sa nature bien plus inoffensif que l'incident d'exception d'incompétence par exemple ; le premier n'a trait qu'à la régularisation de la procédure, il n'exerce aucune influence sur le fond tandis que le second tend à empêcher le tribunal de statuer sur le litige. Cepen-

dant les juges qui déclarent le déclinatoire non recevable ou mal fondé peuvent immédiatement statuer au fond. Pourquoi en serait-il ainsi autrement en matière de reprise d'instance ? Tout ce que la loi exige, c'est que l'incident soit vidé avant le fond parce qu'il n'y a rien de commun entre cet incident et le fond. Mais lorsqu'un jugement a déclaré l'instance reprise, la procédure se continue immédiatement, rien n'empêche le tribunal d'ordonner aux avoués de poser qualités. Les articles 449 et 450 n'ont rien à faire dans cette circonstance. Sans doute un appel immédiatement interjeté peut mettre obstacle à la continuation de la procédure ; mais sauf ce cas l'instance suit son cours comme s'il n'y avait pas eu lieu à reprise. De plus pour produire cet effet il n'est pas nécessaire que le jugement de reprise soit signifié.

L'article 349 ne s'applique pas au cas où, le demandeur étant décédé avant que le défendeur ait constitué avoué, ses héritiers ont assigné en reprise d'instance le dit défendeur. Si celui-ci n'a pas constitué avoué sur cette assignation, le tribunal peut en donnant défaut contre lui statuer immédiatement sur le fond si l'instance est prête à être jugée. « Il ne
« faut pas, dit M. Chauveau, confondre le cas dont
« s'occupe l'article 349 avec celui qui fait l'objet de
« l'article 345. Dans cette dernière hypothèse, si la
« cause n'est pas contradictoirement liée, il ne serait

« pas exact de soutenir qu'il n'existe pas d'instance.
« L'instance existe dès que le juge est saisi par l'ex-
« ploit qui introduit l'action en justice. Le défaut
« du défendeur n'affecte aucunement la demande en
« justice qui constitue essentiellement l'instance. On
« pourrait sans cela logiquement soutenir que le
« jugement rendu par défaut contre le défendeur
« statue sur une instance qui n'existe pas, ce qui ne
« saurait s'admettre. Mais si dans l'espèce prévue
« par l'article 343 l'instance existe, il n'existe pas
« encore de procédure. Le législateur ne pouvait
« donc prescrire pour ce cas comme il l'a fait dans
« l'article 349, qu'un premier jugement tiendrait la
« cause pour reprise, en ordonnant qu'elle serait
« poursuivie suivant les derniers errements de la
« procédure. La nouvelle assignation donnée au
« défendeur par l'héritier du demandeur implique la
« reprise de l'instance ; le défendeur averti par la
« double assignation qu'il a reçue est mis à même
« de présenter ses moyen ou exception contre la
« demande. Il peut dès lors être condamné par
« défaut au fond s'il ne comparait pas. » Cette opi-
nion est partagée par tous les auteurs. (Voir en ce
sens, Pigeau, *Pr. civ.*, t. I, p. 424 ; Lepage, *Quest.*,
p. 229 ; Berriat-Saint-Prix, p. 344 et 347, note 31 ;
Praticien français, t. II, p. 329 ; Bioche, *Dict. de
proc.*, v° *Repr. d'inst.*, n° 48.)

Examinons maintenant la disposition finale de l'ar-

ticle 349 : « Sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir. » Évidemment il faut entendre cet alinéa final en ce sens que, si un délai avait été accordé pour remplir telle ou telle formalité, la reprise d'instance n'a d'autre effet que de faire courir ce qui restait du délai au moment du décès de la partie. Ainsi M. Pigeau (t. 1, p. 408) suppose par exemple que par jugement préparatoire, il a été ordonné que, dans trois mois, le défendeur justifierait de telles pièces ; il décède au bout de deux mois et dix jours ; il ne restera à l'assigné en reprise ou en constitution de nouvel avoué que vingt jours à compter de la signification du jugement pour produire les pièces en question. En un mot, par l'article 349, le législateur a voulu que la reprise d'instance ou la constitution de nouvel avoué ne pût en aucune manière servir à la partie contre laquelle l'instance est tenue pour reprise de prétexte pour la prolonger au delà des délais dans lesquels le procès eût été en état sans cette circonstance. Cette partie est mise uniquement à la place du défunt, s'il s'agit d'une assignation en reprise, ou dans la position où elle était à l'époque où elle avait encore son avoué, s'il s'agit d'en constituer un nouveau. Mais on veut que le délai donné à un héritier pour faire inventaire et délibérer soit indépendant de ces délais de procédures, desquels il s'agit uniquement en l'article que nous expliquons : le premier ne tient point à l'instruction

de l'affaire, il ne concerne que la personne. M. Thomine (t. 1, p. 333) veut que cette disposition finale de l'article 349 ne vise pas les courts délais de procédure, par exemple le délai de huitaine pour commencer l'enquête.

Il pense que, si ce délai était à la veille d'expirer au moment où la cause a été mise hors de droit, il ne serait pas juste d'accorder seulement à la partie qui la reprend les quelques heures qui resteraient à courir ; qu'en un mot le délai doit recommencer pour elle avec toute sa durée. Nous croyons au contraire que ces sortes d'événements ne peuvent avoir pour effet d'interrompre mais seulement de suspendre le délai ; la partie qui reprend se met aux lieu et place de celle qui était précédemment dans l'instance, elle ne peut donc jouir de plus de faveur que celle-ci, car elle n'a pas plus de droits ; s'il ne restait qu'un jour à la partie décédée pour faire ses diligences, son successeur ne doit avoir qu'un jour. M. Thomine-Desmasures dit que l'on pourra abuser de ce principe en retardant jusqu'au dernier jour la notification de l'événement qui suspend l'instance et en divisant ainsi en deux parts inégales un délai dont la loi a voulu que la partie jouisse en entier.

Mais de ce que la seconde part est fort courte, s'ensuit-il que la partie n'ait pu faire les diligences dans la première qui est fort longue ? D'ailleurs s'il y a fraude ou mauvaise foi, ne pourra-t-on pas deman-

der et obtenir une prorogation (1) ? Nous ne pouvons donc admettre ici une exception dont il n'est nullement question dans la loi. Notre solution est partagée par MM. Bourbeau (*op. cit.*, p. 235); Rousseau et Laisney (*op. cit.*, v° *Repr. d'inst.*, n° 100); Bonnier (*op. cit.*, t. II, n° 1255).

Aux termes de l'article 350 : « Le jugement rendu par défaut contre une partie, sur la demande en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, sera signifié par un huissier commis : si l'affaire est en rapport, la signification énoncera le nom du rapporteur. » Ce jugement est susceptible de péremption, mais comme il ne contient aucune condamnation pas même une condamnation aux dépens, il est suffisamment exécuté par cela seul qu'on le signifie et qu'on donne suite à l'instance principale.

La cour de Nîmes a en effet décidé, dans son arrêt du 31 août 1829 (2), que le jugement par défaut, rendu sur une demande en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, est périmé par l'inexécution dans les six mois, comme les jugements par défaut contre la partie qui n'a pas constitué d'avoué; qu'on ne pourrait soutenir que ce jugement n'est pas susceptible d'exécution. « Attendu, dit cet arrêt, que pour obéir à la possibilité d'une fraude

1. Chauveau sur Carré, *op. cit.*, quest. 1293, note 1.

2. D. A., v° *Jugement par défaut*, n° 372-2°.

trop souvent répétée avant l'émission du Code de procédure civile, le législateur, par son article 156, a exigé que la signification d'un jugement rendu par défaut contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué, soit faite par un huissier commis, et que, par son article 350, il a rendu cette disposition commune aux jugements par défaut rendus sur une demande en reprise d'instance ; — Attendu qu'un pareil jugement (celui en reprise d'instance) est susceptible d'exécution ; qu'il peut en recevoir une, d'abord par l'effet de cette signification faite par un huissier commis, moyen indiqué à celui qui a obtenu ce jugement, pour en donner connaissance à la partie défaillante et la mettre à même de pouvoir y former opposition ; et que ce jugement peut encore recevoir un second mode d'exécution par la suite qui serait donnée à l'instance dont il ordonne la reprise, l'article 349 portant qu'il sera procédé sur les derniers errements et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à couvrir ; — Attendu que le jugement en reprise dont il s'agit, n'a pas été signifié dans les six mois de son obtention ; qu'aucune suite n'a été donnée à l'instance reprise ; qu'il est entièrement demeuré sans exécution et que dès lors, aux termes de l'article 156 qui sans distinction frappe de nullité tous les jugements par défaut rendus contre une partie qui n'a pas constitué un avoué, et non exécutés dans les six

mois, ce jugement en reprise doit être considéré comme non venu et comme n'ayant eu, pendant aucun temps, cette sorte d'existence qui, momentanément du moins, aurait suffi pour interrompre la péremption qu'on lui oppose, puisque ce qui est nul ne peut produire aucun effet utile, et qu'un jugement^t non venu et un jugement nul sont absolument identiques. » (En ce sens, Bioche (*op. cit.*, v° *Repr. d'instance*, n° 97.)

Si de plusieurs parties assignées en reprise d'instance ou en constitution de nouvel avoué, l'une faisait défaut, faudrait-il appliquer l'article 153 et conséquemment joindre le profit du défaut et ordonner une réassignation du défaillant ?

Certains auteurs, notamment MM. Crouzilnac et Carré, sont d'avis d'admettre la négative pour le motif que le défaut du profit ne porte que sur la reprise et non sur le fond du procès. Ainsi le profit doit être jugé à l'échéance de l'assignation. Ce qui le prouve, dit M. Demiau-Crouzilnac (p. 263), c'est que l'article 351 accorde sans distinction la voie de l'opposition contre le jugement qui intervient, tandis que l'article 153 l'interdit pour le cas où le défaut a été joint en conformité de ses dispositions. Le motif de l'article 153 est celui-ci : empêcher qu'un exploit puisse être soufflé et prévenir les contrariétés de jugements.

L'article 153 devra donc être appliqué toutes les fois qu'aucune précaution particulière n'aura été pres-

crite et qu'une contrariété de jugements sera à craindre. L'article 350 veut que le jugement rendu par défaut contre une partie sur la demande en reprise d'instance soit signifié par un huissier commis: plus de crainte que l'exploit ne soit soufflé: c'est la précaution de l'article 153 lui-même. Ce jugement ne doit pas être exécuté avant l'expiration de la huitaine de sa signification à personne. L'exécution de ce jugement consiste dans une nouvelle assignation pour venir à l'audience; jusqu'à cette assignation la partie défaillante peut former opposition au jugement par défaut qui déclare l'instance reprise. Sur la nouvelle assignation jugement de défaut joint au fond est prononcé, la contrariété de jugements n'est donc plus à craindre. Pourquoi sans aucun but réel prescrire une longue et coûteuse évolution de procédure quand toutes les parties ne seront privées d'aucune des garanties indiquées par le législateur. Les articles 349, 350 et 351 nous paraissent contenir une procédure particulière et exclusive du défaut joint sur cet incident. Jugé en ce sens: Cour de Montpellier, 28 juin 1844 (D. P., 52.2. 165); Bordeaux, 7 juin 1850 (D. P., 52. 2. 165).

Cette opinion est repoussée par M. Dutruc. Pour nous l'interprétation contraire à celle adoptée par M. Chauveau nous semble plus juridique. L'article 153 pose incontestablement un principe général qui doit réfléchir même sur les procédures spéciales,

lorsque son application n'est pas incompatible avec des règles propres à celles-ci. Or est-il permis de prétendre qu'il y ait une incompatibilité entre la formule du défaut profit-joint et les formalités que prescrivent les articles 350 et 351 dans le cas de défaut d'une partie assignée en reprise d'instance ? Il est évident que ces articles ne prévoient pas l'hypothèse à laquelle s'applique l'article 153, mais uniquement celle où il n'y a qu'un seul défenseur. Pour la première de ces hypothèses on ne saurait, selon nous, douter qu'ils s'en réfèrent au principe général, que leurs termes n'excluent en aucune façon et dont l'application peut avoir dans ce cas même son utilité ; car la contrariété de jugements, qui n'est pas à craindre sur le fond, est possible sur l'incident lui-même, comme si par exemple le défaillant présentait et faisait admettre sur son opposition un moyen que le comparant aurait négligé de faire valoir et qui entraînerait la nullité de l'assignation en reprise d'instance. [En ce sens MM. Rodière, t. 2, p. 239 ; Bourbeau, continuateur de Boncenne, *Théorie de la procédure*, t. 5, p. 238 ; Favard de Langlade, Rép., v° *Repr. d'inst.*, n° 4. — Jurisprudence, Montpellier, 20 avril 1842 (D. P., 42. 2. 245) ; Besançon, 17 juillet 1864 (D. P., 64. 2. 174) ; Bordeaux, 7 mars 1870 (D. P., 71. 2. 405).]

Cette controverse est d'ailleurs appelée à disparaître si le projet de réforme du Code de procédure est

adopté, car ce projet supprime en matière de reprise d'instance le jugement actuellement nécessaire pour que l'instance interrompue soit reprise si la partie assignée en reprise ne comparait pas, l'instance devant être alors reprise de plein droit par l'expiration du délai normal des assignations nouvelles nécessitées par l'interruption de l'instance.

Le jugement qui prononce la reprise peut être frappé d'opposition ; cette opposition est portée à l'audience, même dans les affaires en rapport : c'est un incident à vider préalablement et toujours séparément du fond. Une première difficulté concerne le délai dans lequel l'opposition devra être formée. Le jugement qui tient l'instance pour reprise est un jugement par défaut faute de comparaître ; dès lors l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution. Il en résulte que, le seul mode d'exécution d'un jugement de cette nature consistant dans la continuation des procédures, la voie de l'opposition sera fermée lorsque les conclusions au fond auront été posées devant le tribunal par la partie qui a fait prononcer la reprise. L'exécution alors est complète autant qu'elle peut l'être. Sans doute elle n'est pas opérée à l'aide des différents moyens indiqués par l'article 159 ; il n'y a eu ni vente de meubles saisis, ni emprisonnement, ni recommandation, etc., etc., circonstances qui suffisent pour fermer la voie de l'opposition au défaillant bien qu'elles ne constituent qu'un com-

mencement d'exécution ; mais on rencontre ici l'exécution définitive qui, aux termes de l'article 158, empêche l'opposition, quoique l'exécution dans ce cas ne présente pas ces caractères d'une solennelle publicité imposés par la loi, lorsqu'elle se contente d'une exécution commencée. Enfin si l'exécution est nécessaire pour mettre le défaillant en demeure de se pourvoir par opposition, la conséquence à tirer c'est que la péremption de l'article 156 serait applicable au jugement par défaut qui tient l'instance pour reprise, si dans les six mois de sa prononciation la procédure sur le fond n'était pas poursuivie.

Mais quelles seront les conséquences de la déchéance du droit de former opposition au jugement de reprise ? Il faut reconnaître qu'elles seront à peu près sans importance. La partie défaillante n'en conservera pas moins le droit de se présenter dans l'instance et de conclure sur le fond ; elle pourra toujours, lors du jugement au fond, contester la qualité qui lui a été attribuée et se prévaloir soit de la péremption, soit du désistement qui auraient anéanti l'instance, puisque tous ces moyens qu'elle eût pu opposer à la demande en reprise d'instance s'élèvent également contre les conclusions au fond et n'ont été ni appréciés, ni rejetés lors du jugement sur l'assignation en reprise. Seulement elle ne pourrait plus attaquer cette assignation quant à sa forme. Si l'on suivait l'opinion de M. Pigeau (*Commentaire*, t. I, p. 616),

la déchéance du droit de former opposition au jugement de reprise exercerait sur le jugement du fond une influence notable. D'après lui, ce jugement prononcé sur les seules conclusions de la partie qui a obtenu par défaut le jugement de reprise aura dans tous les cas la force d'un jugement contradictoire et ne sera plus lui-même susceptible d'opposition. Il assimile ce jugement à celui qui serait rendu après réassignation.

La solution et l'analogie sur laquelle elle repose sont également contestables. L'assignation en reprise ou en constitution n'a d'autre objet que de régulariser la procédure en mettant les intéressés en demeure de se faire représenter. Supposez que sur cette assignation l'instance ait été reprise par la partie assignée qui plus tard a refusé de conclure au fond, le jugement qui la condamne sera certainement susceptible d'opposition. Comment dès lors pourrait-on attribuer au jugement qui tient l'instance pour reprise une vertu plus grande qu'à la reprise effectuée, plus de puissance à la fiction qu'à la réalité? Le jugement de reprise est isolé du jugement sur le fond : chacun d'eux est soumis séparément aux voies de recours sans que l'irrévocabilité du premier étende son influence sur l'autorité légale du second.

Le jugement de défaut rendu sur le fond après la signification d'un jugement de défaut sur l'incident en reprise est-il susceptible d'opposition? M. Pigeau

(*Comm.*, t. I, p. 616) décide la négative en se fondant sur ce que la partie défaillante a été assignée par huissier commis et qu'elle doit dès lors être traitée comme celle qui aurait été réassignée après défaut profit joint. Nous n'adoptons pas cette opinion. La signification par huissier commis dont parle l'article 350 n'est point une assignation ; et quand elle le serait, comme elle ne vient pas à la suite d'un jugement par défaut sur le fond, elle ne peut avoir pour effet d'enlever le droit d'opposition contre le jugement par défaut qui la suivra. Pourquoi dans le cas d'un profit joint le second jugement est-il censé contradictoire ? C'est parce que le premier en vertu duquel on a réassigné avait été rendu sur une assignation donnée pour voir juger le fond et que par conséquent c'est un second jugement sur le même objet. Mais ici il n'en est point de même. Le premier jugement non seulement n'a statué que sur la reprise mais encore n'a statué que sur une assignation en reprise. Celui qui interviendra plus tard sur le fond sera le premier sur cette matière, il faut donc qu'il soit susceptible d'opposition. Enfin le jugement de reprise doit être isolé du jugement sur le fond, il s'ensuit qu'il ne peut avoir d'influence sur la nature contradictoire ou non de celui-ci (1).

Devant les tribunaux de commerce, les justices de

1. Chauveau sur Carré. *Lois de la proc.*, n° 1293 *ter*.

paix, les conseils de prud'hommes et les arbitres, l'instance interrompue ne peut jamais être reprise que par exploit signifié à personne ou domicile.

Quant aux reprises d'instance en matière administrative, la forme de procéder en a été réglée pour les instances pendantes au Conseil d'État par le décret du 22 juillet 1806.

Voici les dispositions du décret de 1806 sur ce point : « Article 22. Dans les affaires qui ne seront point en état d'être jugées, la procédure sera suspendue par la notification du décès de l'une des parties, ou par le seul fait du décès, de la démission, de l'interdiction ou de la destitution de son avocat. — Cette suspension durera jusqu'à la mise en demeure pour reprendre l'instance ou constituer avocat. » — « Article 23. Dans aucun des cas énoncés en l'article précédent la décision d'une affaire en état ne sera différée. » — « Article 24. L'acte de révocation d'un avocat par sa partie est sans effet sur la partie adverse, s'il ne contient pas la constitution d'un autre avocat. » Ces dispositions ont été empruntées à celles du droit commun contenues dans les articles 343 et suivants du Code de procédure civile.

Mais l'article 23 précité n'indique pas dans quel cas une affaire est réputée en état. Faut-il à cet égard s'en référer à la règle posée par l'article 343 du Code de procédure ? Des deux hypothèses prévues par cet article, c'est la seconde qui doit ici nous servir d'ap-

plication car, bien que depuis 1831 on ait introduit devant le Conseil d'État la publicité des audiences et la défense orale, nous pensons néanmoins que le caractère principal de la forme de procéder devant cette juridiction est toujours l'instruction par écrit. C'est donc bien la seconde disposition de l'article 343 qu'il faut appliquer et décider par suite qu'une affaire est réputée en état lorsque l'instruction écrite est complète et que par conséquent dans ce cas la décision ne serait pas différée par l'événement de l'une des causes ci-dessus (Conf. MM. Serigny, p. 337; Chevalier, t. 2, p. 316; Dufour, p. 258; Chauveau, p. 293).

Le vœu de la loi est même rempli à cet égard, lorsque, sans être prête à recevoir jugement sur le fond, la cause est en état sur une exception, si le conseil n'est appelé à statuer que sur ce point. Ainsi, lorsqu'un arrêté est attaqué pour incompétence, si l'affaire est en état sur ce moyen, la notification du décès de l'une des parties ne peut pas suspendre le jugement (1).

1. D. A., v^o *Conseil d'État*, n^{os} 369, 370 et 371.

APPENDICE

Projets de révision du Code de procédure civile.

Le projet de révision du Code de procédure civile, déposé à la Chambre par M. le garde des Sceaux, le 6 mars 1890, contient six articles consacrés aux reprises d'instance. Ces articles sont ainsi conçus : « Article premier. — En cas de décès, de démission ou de destitution de l'avoué de l'une ou l'autre partie, le successeur du dit avoué est de plein droit constitué pour cette partie, à moins qu'elle n'en constitue un autre. Jusqu'à la nomination du successeur, le président du tribunal désigne d'office, ou sur requête, un administrateur provisoire, qui est constitué de plein droit dans toutes les instances en cours. — Art. 2. — Lorsque les parties ont respectivement pris et déposé leurs conclusions, l'affaire est en état et le jugement n'est pas différé. — Art. 3. — Dans les affaires qui ne sont pas en état, la notification de la mort, du changement d'état de la partie, ou de la cessation de fonctions dans lesquelles elle procédait, interrompt l'instance, et toutes les procédures pos-

térieures à cette notification sont nulles. — Art. 4.

— Si la notification contient constitution et est faite à la requête d'une partie ayant capacité et qualité pour ester en justice, elle emporte de plein droit reprise de l'instance, qui est continuée sur les derniers errements de la procédure. Si la notification ne contient pas constitution d'avoué, la procédure ne peut être continuée qu'après assignation en reprise d'instance, donnée à la requête de la partie qui a reçu la notification, soit aux héritiers de la partie décédée, soit à la partie en ses nouvelles fonctions et qualités ; dans tous les cas les héritiers jouiront des délais qui leur sont accordés par l'article 795 du Code civil pour faire inventaire et délibérer. —

Art. 5. — Si le décès, le changement d'état ou la cessation des fonctions du demandeur sont survenus avant que le défendeur ait constitué avoué, notification lui en est faite avec assignation nouvelle et sans qu'il soit besoin d'une citation préalable en conciliation. — Art. 6. — La reprise de l'instance a lieu de plein droit sans jugement préalable, soit après la notification, conformément au paragraphe premier de l'article 4, soit à l'expiration des délais des assignations nouvelles données aux parties intéressées. »

Ce projet apporte plusieurs modifications au Code de procédure civile. Il reconnaît que lorsque l'affaire est en état, l'instance ne peut plus être interrom-

pue, qu'en conséquence il n'y a pas lieu de la reprendre ; il propose que le successeur de l'avoué dont les fonctions ont cessé soit de plein droit constitué pour la partie, sauf bien entendu pour celle-ci le droit d'en constituer un autre, tout en édictant que jusqu'à la nomination du successeur M. le Président du tribunal désigne d'office ou sur requête un administrateur provisoire qui serait constitué de plein droit dans toutes les instances en cours. Il va de soi que cet administrateur provisoire ne pourrait être choisi que parmi les avoués en exercice.

Une modification très importante résulterait de l'article 3 du projet puisque dorénavant l'instance serait interrompue par le changement d'état de la partie ou la cessation des fonctions dans lesquelles elle procédait. L'article 4 qui rattache de plein droit la reprise d'instance à la notification contenant constitution d'avoué est également une modification intéressante pour simplifier la procédure. Enfin il est bon de noter l'article 6 aux termes duquel la reprise d'instance a lieu de plein droit, sans jugement préalable, même lorsque la partie assignée afin de reprise d'instance n'a pas constitué avoué.

La commission extra-parlementaire qui s'occupe actuellement de la révision du Code de procédure civile est d'avis de maintenir le projet Sarrien en ce qui concerne la reprise d'instance. Elle ne propose qu'une modification aux six articles de ce projet et

celle-ci consisterait à ajouter à l'article 2 que l'affaire n'est en état qu'après les conclusions « au fond. » L'article 2 serait donc ainsi rédigé : « Lorsque les parties ont respectivement pris et déposé leurs conclusions au fond, l'affaire est en état et le jugement n'est pas différé. »

Cette addition est d'ailleurs toute de forme car il est bien évident que les auteurs du projet Sarrien n'ont jamais eu en vue que des conclusions au fond, de simples conclusions d'incident ne pouvant lier le débat.

Vu : le Président de la thèse,

PIÉDELIÈVRE

Vu : le Doyen,

LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :

L. Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
I. — Exposé du sujet.	1
II. — Historique et origines de la reprise d'instance.	8
§ 1. — L'interruption de l'instance en droit romain	8
§ 2. — Ordonnances de 1539 et de 1667	11
§ 3. — Code de procédure.	14
CHAPITRE PREMIER. — Dans quels cas et pour quelles causes y a-t-il lieu à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué ?	17
<i>Section I.</i> — Dans quels cas il y a lieu à reprise d'instance ou constitution de nouvel avoué.	17
<i>Section II.</i> — Causes possibles d'interruption pour les affaires qui ne seront pas en état.	39
<i>Appendice.</i> — De la reprise d'instance en matière de saisie immobilière.	77
CHAPITRE II. — Par qui et contre qui l'instance doit être reprise	86
<i>Section I.</i> — Personnes qui doivent reprendre l'instance.	86
<i>Section II.</i> — Contre qui une instance peut être reprise	100
CHAPITRE III. — Procédure et jugement	107
<i>Section I.</i> — Procédure	107
<i>Section II.</i> — Jugement	131
APPENDICE. — Projets de révision du Code de procé- dure civile	153

